



3 1761 116499039



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761116499039>

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 1

Wednesday, March 25, 1992
Thursday, March 26, 1992
Monday, March 30, 1992
Tuesday, May 12, 1992
Monday, June 8, 1992

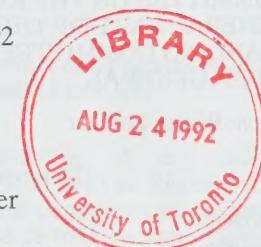
Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 1

Le mercredi 25 mars 1992
Le jeudi 26 mars 1992
Le lundi 30 mars 1992
Le mardi 12 mai 1992
Le lundi 8 juin 1992

Président: Blaine Thacker



*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee
on the*

Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la

Recodification of the General Part of the Criminal Code

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor
General*

Recodification de la Partie générale du Code criminel

du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général

RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee:

Organization meeting

Briefing Session by Senior Officials of the Department of Justice

CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité:

Réunion d'organisation

Séance d'information par les hauts fonctionnaires du ministère de la Justice

APPEARING:

Tuesday, May 12, 1992

The Hon. Kim Campbell,
Minister of Justice and
Attorney General of Canada

WITNESSES:

(See back cover)

COMPARAÎT:

Le mardi 12 mai 1992

L'honorable Kim Campbell,
Ministre de la Justice et
Procureure générale du Canada

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)

Third Session of the Thirty-fourth Parliament,
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,
1991-1992

SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE
SOLICITOR GENERAL

Chairperson: Blaine Thacker

Members

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU
SOLICITEUR GÉNÉRAL

Président: Blaine Thacker

Membres

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

Published under authority of the Speaker of the
House of Commons by the Queen's Printer for Canada.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

Publié en conformité de l'autorité du Président de la Chambre
des communes par l'Imprimeur de la Reine pour le Canada.

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

ORDER OF REFERENCE

Extract from the Minutes of Proceedings of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General of Thursday, June 13, 1991:

By unanimous consent, it was ordered,—That pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) a Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General; composed of 3 members including 1 member of the Progressive Conservative Party, 1 from the Liberal Party, 1 from the New Democratic Party determined by the Chairman after the usual consultations, be established with all the powers of the Committee except the power to report to the House; and that pursuant to Standing Order 108(2) the mandate of the said Sub-Committee be to undertake a review as to what amendments should be made to our present Criminal Code to ensure that it has a General Part which contains general principles and rules of general application which accord both with the fundamental values of Canadians and the requirements of a modern Criminal Code.

ATTEST

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

ORDRE DE RENVOI

Extrait des Procès-verbaux du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, du jeudi 13 juin 1991:

Du consentement unanime, il est ordonné,—En conformité des alinéas 108(1)a) et b) du Règlement, est établi un Sous-comité du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général composé de trois membres (1 progressiste-conservateur, un libéral et un néo-démocrate) désignés par le président après les consultations d'usage, ayant tous les pouvoirs du Comité sauf celui de faire rapport à la Chambre; selon le par. 108(2), son mandat sera d'examiner différentes options pour intégrer au Code criminel une Partie générale renfermant des principes généraux et des règles d'application générale en accord avec les valeurs fondamentales des Canadiens et les exigences d'un code pénal moderne.

ATTESTÉ

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

MINUTES OF PROCEEDINGS

WEDNESDAY, MARCH 25, 1992
(1)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 3:15 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding, for the purpose of organization.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

The Sub-Committee commenced consideration of its Order of Reference dated Thursday, June 13, 1991, being read as follows:

ORDERED,—That pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) a Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General; composed of 3 members including 1 member of the Progressive Conservative Party, 1 from the Liberal Party, 1 from the New Democratic Party determined by the Chairman after the usual consultations, be established with all the powers of the Committee except the power to report to the House; and that pursuant to Standing Order 108(2) the mandate of the said Sub-Committee be to undertake a review as to what amendments should be made to our present Criminal Code to ensure that it has a General Part which contains general principles and rules of general application which accord both with the fundamental values of Canadians and the requirements of a modern Criminal Code.

It was agreed,—That the Sub-Committee print 550 copies of its *Minutes of Proceedings and Evidence*.

It was agreed,—That the Chairman be authorized to hold meetings in order to receive and authorize the printing of evidence when a quorum is not present.

It was agreed,—That as established by the Board of Internal Economy and if requested, reasonable travelling and living expenses be reimbursed to witnesses invited to appear before the Sub-Committee.

It was agreed,—That the Sub-Committee retain the services of one or more Research Officers from the Library of Parliament, as needed, to assist the Sub-Committee in its works, at the discretion of the Chairman.

At 3:30 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

PROCÈS-VERBAUX

LE MERCREDI 25 MARS 1992
(1)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 15 h 15, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Le Sous-comité entreprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991, ainsi libellé:

IL EST ORDONNÉ,—En conformité des alinéas 108(1)a et b) du Règlement, est établi un Sous-comité du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général composé de trois membres (un progressiste-conservateur, un libéral et un néo-démocrate) désignés par le président après les consultations d'usage, et ayant tous les pouvoirs du Comité permanent sauf celui de faire rapport à la Chambre; selon le paragraphe 108(2), son mandat sera d'examiner différentes options en vue d'intégrer au Code criminel une Partie générale renfermant des principes généraux et des règles d'application générale en accord avec les valeurs fondamentales des Canadiens et les exigences d'un code pénal moderne.

Il est convenu,—Que le Sous-comité fasse imprimer 550 exemplaires de ses *Procès-verbaux et témoignages*.

Il est convenu,—Que le président soit autorisé à tenir des séances, à entendre des témoignages et en permettre l'impression en l'absence de quorum.

Il est convenu,—Que, conformément aux directives du Bureau de régie interne et sur demande, les témoins invités à comparaître devant le Sous-comité soient remboursés de leurs frais de déplacement et de séjour jugés raisonnables.

Il est convenu,—Que le Sous-comité, s'il le juge à propos et à la discrétion du président, retienne les services d'au moins un attaché de recherche de la Bibliothèque du Parlement, pour l'aider dans ses travaux.

À 15 h 30, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

THURSDAY, MARCH 26, 1992

(2)

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 12:50 o'clock p.m. this day, *in camera*, in Room 306, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Witnesses: From the Department of Justice: David Daubney, General Counsel and Heather Holmes, Counsel, Criminal Law Policy Section.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee, (*See Minutes of Proceedings and Evidence of Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1*).

The witnesses proceeded to the Briefing Session.

At 1:45 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

MONDAY, MARCH 30, 1992

(3)

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met *in camera* at 10:00 o'clock a.m. this day, in Room 705, La Promenade, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Witnesses: From the Department of Justice: David Daubney, General Counsel and Heather Holmes, Counsel, Criminal Law Policy Section.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1*).

The witnesses resumed the Briefing Session.

At 12:30 o'clock p.m., the sitting was suspended.

At 3:30 o'clock p.m., the sitting resumed.

At 5:00 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

LE JEUDI 26 MARS 1992

(2)

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à huis clos à 12 h 50, dans la salle 306 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Témoins: Du ministère de la Justice: David Daubney, conseiller juridique principal; Heather Holmes, conseiller juridique, Section de la politique, Droit pénal.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

Le Sous-comité tient une séance d'information avec les témoins.

À 13 h 45, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

LE LUNDI 30 MARS 1992

(3)

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à huis clos à 10 h, dans la salle 705 de l'immeuble La Promenade, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Témoins: Du ministère de la Justice: David Daubney, conseiller juridique principal; Heather Holmes, conseiller juridique, Section de la politique, Droit pénal.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

Le Sous-comité poursuit sa séance d'information avec les témoins.

À 12 h 30, la séance est suspendue.

À 15 h 30, la séance reprend.

À 17 h, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

TUESDAY, MAY 12, 1992
(4)

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 5:25 p.m. o'clock this day, in Room 308 of the West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, Blaine Thacker and George Rideout.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Appearing: Hon. Kim Campbell, Minister of Justice and Attorney General of Canada.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1.*)

The Minister made an opening statement and answered question.

At 5:55 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

MONDAY, JUNE 8, 1992
(5)

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 4:10 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Witnesses: From the Law Reform Commission: The Hon. Mr. Justice Gilles Létourneau, Chairman; Professor Patrick Fitzgerald, Coordinator of the Substantive Criminal Law Project. *From the Criminal Law Reform Society:* Vincent Del Buono, President.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1.*)

Hon. Mr. Justice Gilles Létourneau and Vincent Del Buono, each made an opening statement and with Professor Patrick Fitzgerald answered questions.

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by the Chairman of the Law Reform Commission of Canada, be printed as an Appendix to this day's *Minutes of Proceedings and Evidence*. (*See Appendix "CODE-1".*)

LE MARDI 12 MAI 1992
(4)

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 17 h 25, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (président).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Comparait: L'hon. Kim Campbell, ministre de la Justice et procureure générale du Canada.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1.*)

La ministre fait une déclaration et répond aux questions.

À 17 h 55, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

LE LUNDI 8 JUIN 1992
(5)

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 16 h 10, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (président).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Témoins: De la Commission de réforme du droit: L'hon. Juge Gilles Létourneau, président; Patrick Fitzgerald, coordonnateur, Recherche en droit pénal substantiel. *De la Société de réforme du droit pénal:* Vincent Del Buono, président.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1.*)

Le Juge Gilles Létourneau et Vincent Del Buono font chacun un exposé puis, de même que Patrick Fitzgerald, répondent aux questions.

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par le président de la Commission de réforme du droit, figure en annexe aux Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui (*voir Appendice "CODE-1".*)

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by the Chairman of the Criminal Law Reform Society, be printed as an Appendix to this day's *Minutes of Proceedings and Evidence*. (See Appendix "CODE-2").

At 5:35 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par le président de la Société de réforme du droit pénal, figure en annexe aux *Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui* (voir Appendice «CODE-2»).

À 17 h 35, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

[Text]

EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Wednesday, March 25, 1992

• 1521

The Chairman: I will now call to order the subcommittee meeting on the recodification of the general part of the Criminal Code. This is just the organization meeting and therefore I have a number of standard motions to put. Election of a vice-chairman, by tradition that should go to Mr. Rideout. Is anyone prepared to move the nomination of Mr. Rideout as vice-chairman?

Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): I so move.

Motion agreed to

The Chairman: Routine motion—printing of a specified number of copies. It is moved by Mr. Laporte that the subcommittee print 550 copies of its *Minutes of Proceedings and Evidence*.

Motion agreed to

The Chairman: It is moved by Mr. Rideout that the chairman be authorized to hold meetings in order to receive and authorize the printing of evidence when a quorum is not present.

Motion agreed to

The Chairman: It is moved by Mr. Laporte that as established by the Board of Internal Economy, and if requested, reasonable travel and living expenses be reimbursed to witnesses invited to appear before the subcommittee.

Motion agreed to

The Chairman: And finally, with respect to the Library of Parliament, it is moved by Mr. Rideout that the committee retain the services of one or more research officers from the Library of Parliament, as needed, to assist the subcommittee on its work, at the discretion of the chairman.

Motion agreed to

The Chairman: Colleagues, I would remind you of a meeting tomorrow at 12.45 p.m. in room 306, West Block. This will be our first briefing session.

We stand adjourned.

Tuesday, May 12, 1992

• 1726

[Translation]

TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le mercredi 25 mars 1992

• 1521

Le président: Je déclare ouverte la séance du sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel. Nous sommes ici pour une simple séance d'organisation. Je vais donc présenter les motions habituelles. L'élection d'un vice-président: la tradition veut que ce soit M. Rideout. Quelqu'un veut-il proposer la nomination de M. Rideout comme vice-président?

M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): Je la propose.

La motion est adoptée

Le président: Les motions de routine, maintenant impression d'un nombre donné d'exemplaires. M. Laporte propose que le sous-comité fasse imprimer 550 exemplaires de ses procès-verbaux et témoignages.

La motion est adoptée

Le président: M. Rideout propose que le président soit autorisé à tenir des séances pour entendre des témoignages et en autoriser l'impression en l'absence de quorum.

La motion est adoptée

Le président: M. Laporte propose qu'en conformité des directives du Bureau de régie interne, des frais raisonnables de déplacement et de séjour soient remboursés, sur demande, aux témoins invités à comparaître devant le sous-comité.

La motion est adoptée

Le président: Et enfin, au sujet de la Bibliothèque du Parlement, M. Rideout propose que le comité retienne, s'il le juge utile et à la discrétion du président, les services d'un ou plusieurs attachés de recherche de la Bibliothèque du Parlement pour l'aider dans ses travaux.

La motion est adoptée

Le président: Chers collègues, je vous rappelle que nous tiendrons une séance demain à 12h45, pièce 306, édifice de l'Ouest. Ce sera notre première séance d'information.

La séance est levée.

Le mardi 12 mai 1992

Le président: Je déclare la séance ouverte.

Nous poursuivons aujourd'hui le mandat qui nous a été confié à titre de sous-comité du Comité permanent de la justice et du solliciteur général, c'est-à-dire l'élaboration d'une nouvelle partie générale du Code criminel du Canada.

Je rappelle que nous avons tenu notre réunion d'organisation le 25 mars, suivie le lendemain d'une réunion à huis clos.

For the record to be clear, and by way of background, I would explain that we had our organization meeting on March 25. At that meeting we decided to have a private in-camera briefing the day after, on March 26, which was held.

[Texte]

We instructed our clerk to write to a wide range of potential witnesses. He has done so. He has some replies.

It was our hope to hear all of the evidence before June 23 and issue our report, so that the department could develop a bill in September or October. But it is clear now to me, colleagues, that not all of our witnesses will be able to come in before June 23, when the House recesses.

Therefore, it is clear to me that we are going to have to fit as many in as we can between about June 9 and June 23, but we will have to re-convene in September and finish off the rest of the witnesses then. There is just no way around it. I am sorry, but that is just the reality.

We are privileged today to have the minister, Ms Campbell, welcome before our subcommittee. If you have an opening statement, we would be happy to receive it; then we will get into questioning.

Hon. Kim Campbell (Minister of Justice and Attorney General of Canada): Thank you, Mr. Chairman. You will be relieved to know that it is very much shorter than my remarks on the estimates.

Before I begin, I will introduce to you again... You know my deputy minister, Mr. John Tait. And most of you will know very well Mr. Rick Mosley, chief policy counsel of the Criminal and Social Policy Section of the Department of Justice. He will probably answer all of your technical questions, since he knows all the answers to them.

Mr. Chairman and members of the subcommittee, I am pleased to be with you today at the beginning of your review of the general part of our Criminal Code.

On July 1, 1993, Canadians will mark the 100th anniversary of the coming-into-force of our present Criminal Code, a code that has served us well but reflects, both in its style and much of its content, the fact that it was first drafted a century ago. The time has now come to modernize it to ensure that it accords with present values and meets the current needs of Canadians.

We in Canada have had a long and distinguished history of codification of our criminal law. When the Criminal Code received Royal Assent on July 9, 1892, Canada became the first self-governing jurisdiction in the British Empire to codify its criminal law. This singular accomplishment was due, in no small part, to the spirit of co-operation and shared purpose with which parliamentarians of the day approached the codification. I appreciate the commitment of your subcommittee to an equally thoughtful and non-partisan study.

Les travaux que vous entreprenez aujourd'hui constituent une étape importante de la réforme complète du droit pénal qui sera faite à long terme. Cette réforme à laquelle ont participé des centaines de personnes de partout au Canada était entreprise en 1979 par mon prédécesseur, le sénateur Jacques Flynn. Je tiens aujourd'hui à remercier tous les Canadiens qui ont si généreusement contribué à cet important processus au cours des ans.

[Traduction]

Nous avons alors demandé à notre greffier d'écrire à un grand nombre de témoins potentiels. Il l'a fait et il commence à recevoir des réponses.

Nous espérons entendre tous les témoins et remettre notre rapport avant le 23 juin, afin que le ministère puisse présenter un projet de loi en septembre ou en octobre. Mais il me semble maintenant évident, chers collègues, que les témoins pressentis ne pourront pas tous venir avant le 23 juin, date à laquelle la Chambre ajourne ses travaux.

Par conséquent, nous devrons inévitablement entendre le plus grand nombre possible de témoins entre le 9 et le 23 juin, après quoi il faudra reprendre nos travaux en septembre et terminer l'audition des témoins. Il n'y a pas moyen de faire autrement. Je le regrette, mais c'est ainsi.

Nous avons aujourd'hui le privilège de recevoir la ministre. Madame Campbell, je vous souhaite la bienvenue à notre sous-comité. Si vous avez une déclaration à faire, nous sommes prêts à vous écouter, après quoi nous aurons des questions à vous poser.

L'honorable Kim Campbell (ministre de la Justice et Procureure générale du Canada): Merci, monsieur le président. Vous serez soulagés d'apprendre que mon allocution sera beaucoup plus brève que celle portant sur le Budget des dépenses.

Tout d'abord, je vous présente une fois de plus mon sous-ministre, M. John Tait, que vous connaissez déjà. La plupart d'entre vous connaissent également M. Rick Mosley, qui est avocat général principal à la Sous-direction de la politique en matière de droit pénal et familial au ministère de la Justice. C'est probablement lui qui répondra à vos questions de nature technique, puisqu'il a la réponse à toutes les questions.

Monsieur le président, mesdames et messieurs les membres du sous-comité, je suis heureuse d'être parmi vous aujourd'hui au moment où vous entreprenez la révision de la partie générale du Code criminel du Canada.

Le 1^{er} juillet 1993 marquera le 100^e anniversaire de l'entrée en vigueur de notre Code criminel actuel, lequel s'est avéré fort utile, mais reste essentiellement, par son style et bon nombre des dispositions qu'il renferme, un document du siècle dernier. Le moment est venu de le moderniser afin qu'il soit conforme aux valeurs actuelles et qu'il réponde aux besoins des Canadiens.

Le droit pénal est depuis longtemps codifié au Canada. Quand le Code criminel a été sanctionné le 9 juillet 1892, le Canada est devenu le premier pays de l'empire britannique à codifier son droit pénal. Cette remarquable réalisation était due en grande partie à l'esprit de coopération démontrée par tous les parlementaires. Je suis heureuse de constater que votre sous-comité est animé de la même volonté de procéder à une étude réfléchie et impartiale.

The process you are embarking on today is an important step in a long-term effort at criminal law reform—the criminal law review. That review was initiated in 1979 by one of my predecessors, the Hon. Senator Jacques Flynn, and hundreds of persons took part in that exercise. I wish to take this opportunity today to extend my thanks to all Canadians for having given so freely of their time over the years to participate in this process.

[Text]

[Translation]

• 1730

Le 125^e anniversaire de la Confédération est le moment tout désigné pour renouveler nos valeurs à titre de nation, et l'une des meilleures façons de le faire consiste à réformer notre droit pénal et notre système de justice pénale. Par cette réforme et grâce à la participation des Canadiens intéressés à celle-ci, nous maintiendrons et renforcerons la confiance de ces derniers dans notre droit pénal.

The present general part is, by the standards of most criminal codes, incomplete. A general part, as the term implies, should cover the rules and other matters that generally apply to all offences.

Although there is no standard list of what a general part should contain, most criminal codes have many of the following elements: a statement of the purposes of the criminal law; principles of construction or interpretation; a classification of crimes; provisions as to the territorial reach of the criminal law; the principle of legality; exemptions from criminal responsibility or from criminal proceedings; other bars to liability, such as limitation periods or procedural defences; the general principle of responsibility, namely, the requirement of both wrong-doing and blameworthiness; definitions of different states of blameworthiness; justifications or excuses; rules as to the involvement of others or attribution of responsibility; and provisions respecting inchoate crimes, such as attempts and conspiracies. The present general part, Part I, of our existing code has some but not all of these elements.

In the fall of 1990, I was pleased to forward to the justice committee a framework document designed to assist you in your deliberations. It outlines under each topic to be considered in formulating a new general part the underlying principle, the rationale, the present law, the recommendations for change made by Canadian bodies and groups, the recommendations for change made in other countries, and suggests some issues for your consideration. It is my hope that it will be of assistance to you and the witnesses who will be appearing before you.

Comme la table des matières permet de le constater, vous êtes appelés à examiner un vaste éventail de sujets. Vos délibérations permettront à tous les Canadiens d'exprimer leur point de vue en ce qui concerne les principes fondamentaux de la responsabilité pénale dont plusieurs vont au cœur même de la société capable, certes, de compatir, mais de demeurer juste.

I hope many Canadians will participate in the process this committee has embarked upon today. If they do, the commitment and confidence Canadians have in our criminal law will be strengthened and this recodification will be as successful as the original codification of our criminal law was in 1892.

I and many others very much look forward to the report that will conclude your deliberations. I know it will be a significant milestone in the history of the development of the criminal law in Canada.

The 125th anniversary of Confederation is a good time to renew our shared values as a nation and one of the best ways to do so is to renew our criminal law and system of criminal justice. By doing so and by involving interested Canadians in the process, we will maintain and nurture that confidence we now have in our criminal law.

Si on la compare à celles d'autres codes criminels, la partie générale de notre Code actuel est incomplète. Une partie générale, comme son nom le laisse deviner, devrait renfermer toutes les règles et traiter de toutes les autres questions qui s'appliquent à toutes les infractions.

Bien qu'il n'existe aucune liste type des questions qui devraient y être abordées, la plupart des parties générales renferment les éléments suivants: l'énoncé des buts du droit pénal, les principes ou règles d'interprétation, la classification des infractions, les règles relatives à la juridiction territoriale, le principe de la légalité, les exemptions en matière de responsabilité ou de poursuites pénales, les autres moyens permettant de se soustraire à la responsabilité pénale, notamment la prescription et les moyens de défense de nature procédurale, les principes généraux régissant la responsabilité, notamment l'existence d'une conduite et d'un état d'esprit coupable, la définition des différentes formes d'état d'esprit coupable, les justifications et les excuses, les règles relatives aux crimes consommés, les dispositions relatives aux crimes non consommés, comme la tentative ou le complot. La partie générale ou la partie 1 de notre Code actuel traite de certaines de ces questions seulement.

C'est avec plaisir qu'au cours de l'automne 1990, j'ai fait parvenir au Comité de la justice un document cadre visant à vous aider à mener vos délibérations à bien. Il passe en revue toutes les matières qui doivent être examinées avant qu'une nouvelle partie générale puisse être adoptée et donne pour chacune d'elles des précisions sur les points suivants: le principe, la justification, le droit actuel, les modifications recommandées par des groupes et des organismes canadiens et les modifications apportées dans d'autres pays. Chaque rubrique se termine par des questions sur lesquelles le comité est invité à se pencher. J'espère que ce document sera utile au comité et à tous les Canadiens qui se présenteront devant vous.

As you will see from the table of contents to the document, your consideration will range over a large number of subjects. Your deliberations will give all Canadians an opportunity to be heard on the fundamental issues of criminal responsibility, many of which go to the very heart of who we are as a compassionate but just community and nation.

J'espère que les Canadiens participeront en grand nombre aux travaux que le comité entreprend aujourd'hui. S'ils le font, leur confiance en notre système de justice pénale en sera plus grande et la nouvelle codification aura un succès aussi retentissant que celui que notre premier Code a eu en 1892.

De nombreuses personnes, dont moi-même, attendent avec impatience le rapport que vous présenterez à la fin de vos délibérations. Je sais qu'il s'agira d'un événement marquant dans l'histoire de l'évolution du droit pénal au Canada.

[Texte]

Mr. Chairman, I would now like to answer questions or to hear comments from committee members.

The Chairman: Mr. Rideout, would you start us off, please.

Mr. Rideout (Moncton): In light of what the chairman said, could you give us an idea of what your timetable is and where you would like to see us go with this process?

Ms Campbell: What are we looking at?

I've discussed this with the chairman and we have in mind the 100th anniversary of the Code, which is July 1993. So a report by the end of this calendar year would give us time to move with some legislative response that would respond to that time deadline.

Mr. Rideout: I presume there has been some fairly extensive consultation. Has any part of the drafting commenced yet, or are you waiting until we finish? I'm trying to get an idea as to the overall time. When we looked at this before, there was some thought we really had to get finished before the summer. Have you carried out the necessary consultations with some of the organizations that would be involved in the process? Have you commenced drafting any of the recodification?

• 1735

Ms Campbell: The Canadian Bar Association and the Barreau de Québec have been doing work on this. I think you'll find a considerable body of work has been done that's available to you. I'm just trying to find the list of it. It isn't a question of starting.

The Chairman: We have the Canadian Bar documents.

Ms Campbell: Aside from the framework document we've presented, a considerable body of work has been done. I'm just looking for the list you can build on.

I think we were suggesting that perhaps you might want to do the consultation and get much of that done before the summer. Then you could do the work of deliberation and putting it all together at a bit more leisurely pace. The framework document was designed to try to provide a basis for that consultation.

Mr. Rideout: As a committee member, I think our view is that if we don't get it done fairly soon, the report will probably languish on some shelf past the date in 1993, presuming an election takes place during that period of time.

So it's a matter of trying to figure out where we might go to expedite the process. I don't think there's a great deal of debate or concern about a lot of the material we've gone through. I think the process could go fairly quickly, except for maybe the consultation side of it.

I don't know how many witnesses we have lined up.

The Chairman: According to our clerk, about 20 have indicated they'd like to come in. The Canadian Bar Association won't have its brief ready until sometime in August.

[Traduction]

Monsieur le président, je suis maintenant prête à répondre aux questions ou à écouter les observations des membres du comité.

Le président: Monsieur Rideout, vous avez la parole.

M. Rideout (Moncton): Compte tenu de ce que vient de nous dire le président, pourriez-vous nous dire quel est approximativement votre échéancier et ce que vous envisagez à l'issue de cette démarche?

Mme Campbell: Ce que nous envisageons?

J'en ai discuté avec le président et nous aimions que tout soit prêt pour le 100^e anniversaire du Code, en juillet 1993. Si votre rapport était publié avant la fin de l'année, cela nous donnerait le temps de légiférer à temps pour respecter cette échéance.

M. Rideout: Je présume que l'on a déjà mené des consultations assez approfondies. A-t-on entrepris la rédaction, ou bien attendez-vous que nous en ayons terminé de notre côté? J'essaie d'avoir une idée du temps qu'il faudra. La première fois qu'on a examiné la question, on croyait qu'il fallait en finir avant l'été. Avez-vous fait les consultations nécessaires auprès de certaines organisations qui participeront au processus? Avez-vous commencé la rédaction de la nouvelle codification?

Mme Campbell: L'Association du Barreau canadien et le Barreau du Québec ont planché sur ce dossier. Je crois que vous constaterez qu'on a déjà déblayé le terrain et que vous aurez accès à quantité de documents. J'essaie d'en trouver la liste. Nous n'en sommes pas au point de départ.

Le président: Nous avons les documents du Barreau canadien.

Mme Campbell: Outre le document cadre que nous vous avons présenté, beaucoup de travail a été fait par ailleurs. Je cherche une liste de documents que vous pouvez consulter.

Je pense qu'on a laissé entendre que vous pourriez faire une grande partie des consultations nécessaires avant l'été. Ensuite, vous pourriez faire le travail de réflexion et rédiger votre rapport de façon un peu plus décontractée. Le document cadre est conçu de manière à servir de base à cette consultation.

M. Rideout: À titre de membre du comité, je pense pouvoir dire au nom de mes collègues que nous estimons devoir agir assez rapidement, faute de quoi le rapport va probablement s'empoussier sur les tablettes après 1993, étant donné que des élections auront lieu au cours de cette période.

Il s'agit donc de voir ce que l'on peut faire pour accélérer les choses. Je pense qu'une bonne partie de la documentation que nous avons épluchée ne donne lieu à aucun débat ou réserve. Il me semble donc que nous pourrions progresser assez rapidement, sauf pour la consultation.

J'ignore combien de témoins nous devons entendre.

Le président: D'après notre greffier, une vingtaine ont fait savoir qu'ils voudraient comparaître. Le mémoire de l'Association du Barreau canadien ne sera pas prêt avant le mois d'août.

[Text]

Mr. Rideout: Do you think the recodification should include a statement of purpose and principle?

Ms Campbell: I'd like to see that. I think those are kind of touchstones that bring you back.

I'll give you an example. We've talked about aboriginal justice and developing criminal justice processes that are responsive to the needs of aboriginal communities. The point I make to people is that, really, if you look at the criminal law, there are some fundamental features of the definition of what offences are. There are mechanisms for capturing people who've done things, mechanisms for determining guilt or innocence, mechanisms for allowing people to pay their debt to society and for society to express its disapprobation and, ideally, mechanisms to reintegrate people back into society.

Once you look at these broad principles, then the question of developing institutions that are culturally sensitive or whatever becomes much simpler. You're not caught up in the specific minutiae of what we're doing in the Code.

I think those kinds of broad principles, which I hope would perhaps be a bit more poetic and profound than what I've said, are the things you come back and touch when you're looking at new challenges that we maybe can't envision today in 1992. Maybe 10 or 20 years from now people will have new social challenges, and that statement of principles becomes the anchor to the developments in the criminal law. So I think it would be a very valuable addition to our law.

Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): What do you see as the role of this committee? Is it more of a sounding board for various interest groups or do you see it as making specific recommendations to various sections?

Ms Campbell: Well, I'm hoping you will come forward with recommendations about what should go into the recodification of the Code. I think parliamentarians have a very particular role to play, particularly in the course of the work you do in your committees. You develop an expertise, but also a feel for the human dimension of things.

I'm not happy with the notion of law reform conducted solely by academics or academic specialists. It's not that they don't have a very important role to play, but I'm a very great believer in the parliamentary process, because of the connectedness of parliamentarians with the community. It's a very, very important aspect.

I might add that when I have the opportunity to talk to members of the bureaucracy about the relationship between politicians and bureaucrats, I make that point very strongly. There is a link that parliamentarians represent between the formal processes that go on in the department and various bodies that do research, and the community.

[Translation]

M. Rideout: À votre avis, la nouvelle codification devrait-elle comprendre un énoncé de principe explicitant la raison d'être?

Mme Campbell: Je le souhaite. Il me semble que c'est la pierre angulaire de tout l'édifice.

Je vais vous donner un exemple. Il est question ces temps-ci d'un système judiciaire autochtone qui répondrait aux besoins des collectivités autochtones. J'ai fait valoir l'argument suivant: en fait, si l'on regarde le droit pénal, on y trouve certaines définitions fondamentales des infractions. On y trouve des mécanismes permettant de capturer les gens qui ont commis des infractions, des mécanismes pour déterminer la culpabilité ou l'innocence des gens, des mécanismes permettant aux gens de payer leur dette à la société et à la société d'exprimer sa désapprobation et, idéalement, des mécanismes permettant de réintégrer les gens dans la société.

Une fois qu'on a établi ces grands principes, il devient beaucoup plus simple de mettre au point des institutions qui sont adaptées à la réalité culturelle. On n'est pas obligé de se pencher sur chaque menu détail du Code.

Ce sont les grands principes de ce genre, qui seront peut-être exprimés de manière un peu plus poétique et profonde que je viens de le faire, qui permettent de faire le point quand on est confrontés à de nouveaux défis que l'on ne peut peut-être même pas imaginer aujourd'hui, en 1992. Peut-être que dans 10 ou 20 ans, les gens auront de nouveaux défis à relever sur le plan social et cet énoncé de principe deviendra la pierre angulaire de l'évolution du droit pénal. Il me semble donc que ce serait un ajout très précieux à notre droit.

M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): Comment voyez-vous le rôle de notre comité? Devons-nous surtout permettre à divers groupes d'intérêts de se faire entendre, ou bien vous attendez-vous à ce que nous fassions des recommandations précises à l'égard de diverses dispositions?

Mme Campbell: J'espère que vous ferez des recommandations sur ce qui devrait figurer dans cette nouvelle codification du Code criminel. À mon avis, les parlementaires ont un rôle unique à jouer, en particulier au sein des comités. Le travail que vous y faites vous permet d'acquérir une compétence spécialisée, mais aussi de percevoir le facteur humain qui est toujours présent.

Je n'aime pas l'idée selon laquelle la réforme du droit est l'apanage d'universitaires ou de spécialistes. Non pas que ces derniers n'aient pas un rôle très important à jouer, mais je trouve que le régime parlementaire a de grands atouts, à cause des liens étroits qui se tissent entre les parlementaires et leur milieu. C'est un aspect extrêmement important.

Quand j'ai l'occasion de parler à des bureaucraties de leurs relations avec les politiciens, j'insiste là-dessus. Les parlementaires sont un lien entre les processus officiels des ministères et les divers organismes de recherche et la collectivité.

[Texte]

To do our reform without the opportunity of Members of Parliament to look at this document in that human perspective, and often to consult and get responses in ways that don't just involve organizations, is a very valuable part of the input.

I like to think the legislation has a very strong input from Members of Parliament. This is very, very important. It's a statement in a sense about who we are as a society and a country, and what kinds of things encourage us to use the power of the state against individuals; how that should be used, and what the principles are on which we impose culpability and impose penalties on people in our society. I think that is a very important role for Parliament to play.

Mr. Laporte: Other than the reports you mentioned earlier, have your officials been doing any actual drafting of federal changes in any way at all?

Ms Campbell: No, not on this. But the consultation document we prepared sets out a variety of approaches, tries to make some suggestions of ways in which it might be approached, but I don't think we plan to do that with the exception of issues such as deadly force, or as we did with mentally disordered offenders. We have dealt with some chunks of the Code, simply as a result of social priorities or the case of the Supreme Court of Canada striking down provisions of the Code, but we haven't started to draft the issues that are before you.

Mr. Laporte: The committee's approach, as the chairman has said, is in a non-partisan way, which is quite refreshing, but there are some issues that are potentially volatile. The media has started to write about some issues. I've been lobbied in some areas, specifically on euthanasia.

Have you any thoughts on areas we should be aware of, that you think may become potentially volatile?

Ms Campbell: I was interested to see there was some press coverage about this being one issue you might address. I think there are a variety of issues you will encounter that will be contentious. You may feel you aren't able to address all of them with the thoroughness you'd like. There are quite a number of issues such as the defence of necessity, for example, and the question of authority over children.

There is the issue of entrapment. There are a lot of issues that I think touch on some very interesting values. Most of these don't relate to issues that will create partisan division. There will be philosophical division. But that's why it's so fundamental that parliamentarians have input. You become a sort of focal point of expertise and experience for the rest of your colleagues.

You may want to take some of these issues back to your colleagues and invite broader participation. They are fundamentally value judgments. They should not simply be left to the Department of Justice or any other body that is not connected with the public the way parliamentarians are, to make the final decision.

You may find you can't give the attention you would like to some of these areas, or you don't feel as comfortable with them. I would like to see what you have to say about it.

[Traduction]

Nous ne ferions pas cette réforme sans que les députés puissent examiner ce document du point de vue humain. Votre collaboration est précieuse parce que vous pouvez consulter les gens et recevoir des réactions différentes de celles qui proviennent des organismes.

J'aime à croire que les lois reçoivent une contribution importante des parlementaires. C'est capital. Cela nous définit en tant que société et en tant que pays. Les lois disent ce qui motive l'utilisation de la force de l'État contre des particuliers, la façon dont elle doit être utilisée et les principes sur lesquels reposent la culpabilité et l'imposition de peines. Je pense que le Parlement a un rôle très important à jouer.

M. Laporte: À part les rapports dont vous avez parlé plus tôt, vos fonctionnaires ont-ils commencé la rédaction des modifications, d'une façon ou d'une autre?

Mme Campbell: Non, pas dans ce cas-ci. Le document de consultation que nous avons produit présente toutefois diverses façons d'aborder la question, donne des suggestions. Je ne pense pas que nous allons proposer des textes rédigés à l'avance, sauf pour des questions comme la force meurtrière ou comme nous l'avons déjà fait pour les contrevenants ayant un trouble mental. Nous avons déjà revu certaines parties du Code, par suite de problèmes de priorités sociales ou d'une suppression par la Cour suprême de certaines dispositions du Code. Nous n'avons toutefois pas commencé la rédaction pour les questions que nous vous présentons.

M. Laporte: Comme le disait le président, le comité fonctionne sans esprit partisan. C'est très bien. Mais certaines de ces questions vont soulever la controverse. Déjà, les médias commencent déjà à s'en repaître. Pour certaines questions, particulièrement l'euthanasie, on a déjà fait pression sur moi.

Y a-t-il à votre avis des questions qui pourraient devenir explosives?

Mme Campbell: J'ai noté que dans les journaux, on disait que cette question vous intéresserait. Il y a toute une gamme de sujets qui peuvent être épineux. Peut-être ne pourrez-vous pas y consacrer autant de temps et d'efforts que vous le voudriez. Il y a toutes sortes de questions comme la défense de nécessité ou celle de l'autorité sur les enfants.

Il y a aussi celle de la provocation. Beaucoup de ces questions se rapportent à des valeurs très intéressantes. Dans la plupart des cas, la division ne serait pas de nature partisane mais philosophique. C'est pourquoi il est fondamental d'obtenir la collaboration des parlementaires. Vous serez si l'on veut le creuset de la compétence et de l'expérience de vos collègues.

Vous voudrez peut-être les consulter, les inviter à participer également. Il s'agit fondamentalement de jugements de valeur. La décision finale ne devrait pas revenir simplement au ministère de la Justice ou à tout autre organisme qui n'est pas, comme les parlementaires, en contact avec le public.

Vous estimerez peut-être ne pas pouvoir donner toute l'attention nécessaire à certains sujets, ou que vous ne les comprenez pas bien. J'aimerais savoir ce que vous en pensez.

[Text]

Mr. Laporte: That's when it would be particularly difficult, if we started getting into an area that we don't have enough time to deal with.

• 1745

Ms Campbell: We're talking about the general theoretical part. We aren't talking about the specific part, about offences. We talked about justifications, excuses and things, and some of the issues may touch on these specific offences. On what basis should we, as a society, impose penalties by the state on people's actions? What are the fundamental bases for doing that? What are the bases for exempting people from criminal liability? Intoxication is a good example. What role does that play in the criminal law?

Mr. Laporte: It's all very fascinating and interesting. I guess it's just a bit of a caution that I hope the committee can stay as non-partisan. Sometimes politics rears its ugly head.

Mr. Rideout: That's only between the NDP and the Conservatives.

Mr. Laporte: I'm sure there'll be some attempt to keep it as non-partisan as possible. I'm sure that's the case, is it not?

Ms Campbell: Yes. One of the interesting things about justice is there are all sorts of issues that don't lend themselves to simple partisan identification. It makes them enormously difficult to deal with if you're the minister dealing with your own caucus. I think all of our caucuses in many areas have a whole range of views on issues.

Mr. Laporte: That's where you put big bucks, isn't it?

Ms Campbell: But in terms of what you're dealing with here, I think in fact it is good. I hope there will be good debates among you. They shouldn't really boil down to partisan implications, but simply philosophical differences and differences of outlook.

Mr. Laporte: This whole recodification has been going on for years and never seems to get anywhere. Hopefully we'll actually start making some progress. I know this is going to go into a new Parliament. Do you have some sort of a timeframe for going through the whole quota, or is that just too far ahead to think about?

Ms Campbell: We've been working on sentencing, for example, as one part that is not in the general part.

A voice: It is soon I understood.

Ms Campbell: Yes, soon. Listen, sooner is more promising than in due course. There is a whole hierarchy of expressions of time.

The Chairman: Very, very soon has a lot of significance.

Ms Campbell: Where are we? This is Rick Mosley's territory. Maybe Rick could tell us where we are and about some of the other aspects of the Code.

Mr. Rick Mosley (Senior General Counsel, Criminal and Social Policy Section, Department of Justice): The department is looking at planning in phases. This is the first digestible chunk and it's extremely important. Before we can

[Translation]

M. Laporte: Dans ces cas-là, ce sera particulièrement difficile surtout si l'on aborde un sujet que nous n'avons pas le temps de traiter en profondeur.

Mme Campbell: Nous parlons de la partie générale, théorique. Ce n'est pas encore la partie plus précise, sur les infractions. Il ne s'agit que des justifications, des excuses, ces choses qui dans certains cas pourraient se rapporter à des infractions particulières. En tant que société, qu'est-ce qui nous permet d'imposer des peines en raison des actes de certaines personnes? Quelles sont les bases fondamentales qui nous le permettent? Qu'est-ce qui permet d'exonérer quelqu'un de sa responsabilité criminelle? L'affaiblissement des facultés est un bon exemple: quel rôle cela joue-t-il en droit pénal?

M. Laporte: Tout cela est fascinant et intéressant. Je voulais simplement mettre le comité en garde contre tout sectarisme politique. Parfois, le monstre de la politique sort de sa cachette.

M. Rideout: Seulement chez les Néo-démocrates et les Conservateurs!

M. Laporte: Je suis persuadé qu'on va s'efforcer d'éviter le sectarisme. N'ai-je pas raison?

Mme Campbell: Oui. En matière de justice, il est intéressant de constater que toutes sortes de questions ne se prêtent pas au simple sectarisme. Il est par conséquent parfois très difficile pour le ministre d'en parler au caucus. Sur ces questions, il règne au sein de nos caucuses toutes sortes de points de vue.

M. Laporte: C'est là qu'on décide où va l'argent, non?

Mme Campbell: Mais dans votre cas, je pense que c'est une bonne chose et que de bonnes discussions auront lieu. Elles ne se réduiront pas à une discussion sectaire, mais seront plutôt l'expression d'opinions personnelles et de points de vue différents.

M. Laporte: Cette nouvelle codification se fait depuis déjà des années, sans qu'on en voie la fin. Espérons que cette fois, on fera du progrès. Le travail ne sera sans doute pas terminé avant la nouvelle législature. Avez-vous une échéance pour tout ce travail? Est-il trop tôt pour en parler?

Mme Campbell: Nous avons déjà travaillé sur la détermination de la peine, par exemple. Cela n'est pas compris dans la partie générale.

Une voix: Bientôt, si j'ai compris.

Mme Campbell: Oui, bientôt. J'aime mieux dire «bientôt» que «en temps utile». Il y a toutes sortes d'expressions pour fixer une échéance.

Le président: Et si l'on disait très, très bientôt; cela aurait plus de poids.

Mme Campbell: Où en sommes-nous? C'est une bonne question pour Rick Mosley. Il pourra nous dire où nous en sommes et nous parler d'autres aspects du Code.

M. Rick Mosley (avocat général principal, Sous-direction de la politique en matière de droit pénal et familial, ministère de la Justice): Le ministère envisage de procéder par étape. C'est la première étape à franchir et elle est capitale. Avant

[Texte]

move on to the second phase, which will be the reform of the special part, offences, we really need the advice of the committee as to the purposes and principles that should be applied to those considerations. So there is planning under way over the long term, but it will take time. Obviously these are very difficult questions.

The Chairman: I have a couple of questions. One relates to the use of preambles in bills. In Bill C-36 there's a preamble and it will stay in that statute because it's a complete code in itself. Bill C-49, the enacting statute has a preamble to it. That will not be part of the Criminal Code, the new Bill C-276. So I presume these are being put in for judges to use with the Charter of Rights. Am I generally correct in that? What role do you think preambles should have in this package, if any? That's a tough question. I'm struggling with it myself.

Ms Campbell: Well, maybe that's a question you want to answer. When we were looking at Bill C-49, one of the concerns we had was to create a sufficiently clear legislative record to give as much support and protection as possible to the legislation from Charter challenge. The canons of statutory interpretation, of course, don't allow the courts to go into the parliamentary debates and the discussion and the background. The statute has to be interpreted on its face.

• 1750

Therefore, the idea of a preamble was to state very clearly Parliament's intention in asking the legislature to put it in a form that could be considered by a court in interpreting the legislation. I think that is a device, which in the time of the Charter, may in fact be something we might want to use more and more.

I mentioned before that among the things I do as Attorney General of Canada in Charter cases is not argue against people's rights, but argue for the validity of Parliament's determination in difficult issues, mainly because I think judicial review doesn't work unless there is a genuine debate. There must be a strong, robust argument for Parliament's right to make decisions and on the soundness of those decisions, countered by a strong, robust debate perhaps about the extent to which that decision may trench on a right enshrined by the Charter. The courts can make good decisions if they have strong arguments. How can we, particularly in these areas, give the fullest possible force in effect to the motivations of Parliament in crafting the law in certain ways? The preamble may, in fact, be a device that is helpful in doing that.

I think one of the interesting things about this exercise that you'll want to bear in mind is that you're looking at the statement of these principles in the context of the substantive Charter of Rights. One hundred years ago, your predecessors didn't have that limitation. They had the common law, constraints and principles, many of which were of course codified in the Code. But how the criminal law is crafted and how the principles are stated is very much something that has to be seen in the light of the Charter.

[Traduction]

de passer à la deuxième, soit la réforme de la partie portant plus particulièrement sur les infractions, nous avons besoin de l'avis du comité sur les principes et les objectifs s'appliquant à ces considérations. Il y a donc une planification à long terme, mais il nous faudra du temps. Ce sont des questions très délicates.

Le président: J'ai quelques questions. La première porte sur les préambules aux projets de loi. Dans le projet de loi C-36, il y a un préambule qui va faire partie de la loi parce que c'est un petit code en soi. Il y en a un également dans le projet de loi C-49, la loi habilitante. Mais cela ne fera pas partie du Code criminel. Même chose pour le nouveau projet de loi C-276. J'imagine qu'on les insère à l'intention des juges, pour l'interprétation en fonction de la Charte des droits. Ai-je raison? Quel rôle les préambules joueraient-ils dans tout cela? C'est une question difficile. C'est une question que je me pose.

Mme Campbell: Eh bien, ce sera peut-être à vous d'y répondre. En créant le projet de loi C-49, nous voulions donner des indications juridiques claires, qui protégeraient le plus possible la loi contre les contestations en fonction de la Charte. Les règles de l'interprétation juridique ne permettent pas aux tribunaux d'entamer des discussions parlementaires ni des débats sur le contexte de la loi. La loi doit être interprétée pour ce qu'elle est.

Le but du préambule était donc d'exprimer clairement l'intention du Parlement qui servira au tribunal à interpréter la loi. Maintenant que nous avons la Charte, on recourra peut-être de plus en plus à ce moyen.

J'ai dit plus tôt qu'en tant que procureur général du Canada, je dois notamment dans les contestations judiciaires non pas contester les droits des Canadiens, mais défendre la validité d'une décision des parlementaires au sujet d'une question difficile. À mon avis, le processus de contestation judiciaire n'a de valeur que s'il y a un débat réel. Le droit du Parlement de prendre des décisions, ainsi que la valeur de celles-ci, doit être défendu fermement contre des arguments tout aussi solides, dans le cas où une décision peut porter atteinte à un droit garanti par la Charte. La qualité des décisions d'un tribunal dépend de la solidité des arguments présentés. Dans ce domaine, comment pouvons-nous donner le plus de force et d'efficacité possible aux raisons du Parlement de légitérer d'une certaine façon? Le préambule peut être un moyen utile de le faire.

Pendant cet exercice, vous devrez garder à l'esprit que vous examinez ces principes en tenant compte de la force de la Charte des droits. Cette contrainte n'existe pas pour vos prédécesseurs, il y a un siècle. Ils devaient tenir compte de la jurisprudence, de certaines contraintes et de certains principes qui ont été définis dans le Code. Mais la rédaction du droit pénal et des principes qui le régissent doit se faire à la lumière de la Charte.

[Text]

Of course, much of this does provide the context in which Charter litigation, with respect to provisions of the Criminal Code, will be carried out. Even how the provisions in the general section are articulated is part of the legislative record. Should preambles for different sections be there to indicate what values illuminated your decision with respect to certain words? It's an interesting question.

I'm not an expert in this area. I hope people of my department will be able to provide some advice and help for you in terms of understanding the use of these devices. It certainly does underline the fact that we are operating in a very different environment from what people operated in 100 years ago.

The Chairman: We'll certainly look into that. I must say that Mr. Daubney and Ms Holmes gave an excellent briefing to us already and were very helpful to us, in spite of the fact that I forgot a major part when I was asked by a reporter.

What is the most advantageous or best form of our report, so you can go most quickly into legislation, assuming we can come to some consensus? What type of document would allow you to go to legal drafting most quickly, assuming the cabinet committee agreed?

Ms Campbell: I'm advised that probably answers to the questions that are posed in the framework document would provide the most straightforward guidance.

The Chairman: Do you expect draft sanctions in any case?

Ms Campbell: No. This is a policy exercise. What we want is your policy views. It's cruel and unusual punishment to ask anybody but a legislative drafter to draft things.

Mr. Rideout: It's hard for opposition members to have any policies either.

The Chairman: Thank you, Madam Minister. We appreciate your attendance today.

Ms Campbell: I very much appreciate undertaking this. No one has oodles of spare time and I know it's a big task, but I think it's important. I hope when you get into it, you'll find it kind of fun and challenging. It really is an historic opportunity to shape the thinking in the criminal law for some time to come, hopefully.

The Chairman: We stand adjourned to the call of the chair.

Monday, June 8, 1992

• 1608

The Chairman: I am calling this subcommittee meeting to order. We're continuing our hearings with respect to a recodification of the general part of the Criminal Code of Canada.

Members, we're very privileged today to have two members give us their evidence. We have the Hon. Mr. Justice Gilles Létourneau, chairman of the Law Reform Commission, or formerly from the Law Reform Commission

[Translation]

Bien sûr, cela pourrait donner lieu à des contestations judiciaires du Code criminel en vertu de la Charte. Même les articles de la partie générale du Code font partie de la loi. Devrait-on y inclure les préambules de certains chapitres, afin de formuler les raisons qui ont motivé le choix de certains mots? C'est une question intéressante.

Je ne suis pas spécialiste en la matière. J'espère que mes collaborateurs au ministère sauront vous conseiller et vous aider à comprendre l'utilisation de ces outils. Mais cela démontre certainement que les conditions sont aujourd'hui bien différentes de celles d'il y a un siècle.

Le président: Nous allons certainement étudier cela. Je tiens à dire que M. Daubney et M^{me} Holmes nous ont donné une excellente séance d'information. Ils nous ont été très utiles, même si j'ai oublié des choses importantes quand un journaliste m'a posé des questions.

Si nous arrivons à un consensus, quelle sorte de rapport serait le plus avantageux pour vous? Comment pouvons-nous vous aider à vous attaquer rapidement à la loi? Quel type de document vous permettrait de commencer le plus tôt possible la rédaction des lois, si le comité du Cabinet est d'accord?

Mme Campbell: On m'informe que la meilleure façon de nous guider serait de répondre aux questions que nous posons dans notre document.

Le président: Vous attendez-vous à des propositions de sanctions?

Mme Campbell: Non. Cet exercice porte sur les politiques. Nous voulons votre opinion sur les politiques. Ce serait un châtiment cruel et inhabituel de demander à quiconque de rédiger pareille chose, s'il n'est pas rédacteur de lois.

M. Rideout: Il est difficile pour les membres de l'opposition de connaître les politiques, de toute façon.

Le président: Merci, madame la ministre. Nous vous remercions d'être venue aujourd'hui.

Mme Campbell: Je vous remercie d'entreprendre ce travail. Personne n'a beaucoup de moments de loisir et je sais que c'est un travail colossal, mais il est à mon avis très important. J'espère qu'en l'abordant, vous le trouverez à la fois stimulant et exigeant. C'est une occasion unique de définir les principes du droit pénal pour l'avenir.

Le président: La séance est levée.

Le lundi 8 juin 1992

Le président: La séance est ouverte. Le sous-comité poursuit ses audiences sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Canada.

Nous avons le privilège d'accueillir aujourd'hui deux témoins. D'abord, l'honorable juge Gilles Létourneau, président de la Commission de réforme du droit, ou anciennement de la Commission de réforme du droit, et

[Texte]

and now justice of the Federal Court of Appeal. Welcome. We're very honoured to have you here today. We have as well, from the Criminal Law Reform Society, the chairman, Vincent Del Buono.

Mr. Justice Létourneau, will you give us your opening statement, please?

Hon. Mr. Justice Gilles Létourneau (Law Reform Commission): Thank you, Mr. Chairman. I'd like to introduce to you Professor Patrick Fitzgerald, who was a consultant with the Law Reform Commission for many years. I think I can say that he's an expert in penal philosophy. He has been the driving force behind the work of the commission in criminal matters, especially on these issues as they relate to the general part. Mr. François Handfield, the former secretary of the commission, will join us later on. He was held up in a meeting with the Solicitor General.

I think you've already received our submissions, so I won't go through all of that. But as you will see in this brief of ours, we deal with many issues: the need for reform, the work of the commission, the need for a general part, with all kinds of principles in there. Obviously, we could spend hours on the need for reform, and I am sure others will speak on this issue as well.

• 1610

I would just like to say that I think the work of the commission over the last 20 years illustrates the need for reform, a reform which would be articulated around the principle of restraint, the reason being that the criminal law is a blunt and costly instrument and should be used with restraint. The Government of Canada has adopted this principle in its document, "The Criminal Law in Canadian Society".

On the issue of a general part, which is the issue that concerns us here today, you will find in just about every codification there is a general part. This is needed for three purposes: organization, rationalization, and illumination of the criminal law. For these purposes it must employ general rules to avoid endless repetition in the definition of offences, systematic arrangement to give code coherence, and articulation of basic principles of justice to manifest the underpinning of the criminal law.

A general part must be comprehensive and include all rules of general application and put all the law in these general matters into one document instead of leaving it to volumes of case law. At the same time, it must be clear and use plain language, ordinary words and straightforward sentences, to make the criminal law more accessible to the ordinary citizen.

A general part must also promote the legitimacy of the criminal justice system. It must incorporate the basic social values of the community served by that system. Second, it must articulate the basic principles of fairness and justice that underpin that law and give it its moral grounding. You will see in the brief we submitted to you that we discuss these values and principles, and I will say a word or two about them later on.

[Traduction]

maintenant juge à la Cour d'appel fédérale. Bienvenue. Nous sommes ravis que vous soyez là aujourd'hui. Nous accueillons aussi, de la Société de réforme du droit pénal, son président, M. Vincent Del Buono.

Juge Létourneau, voulez-vous nous présenter votre exposé liminaire?

Son honneur le juge Gilles Létourneau (Commission de réforme du droit): Merci, monsieur le président. Permettez-moi de vous présenter M. Patrick Fitzgerald, professeur et consultant auprès de la Commission de réforme du droit pendant de nombreuses années. Je crois pouvoir dire qu'il est expert en philosophie pénale. Il a été l'inspiration des travaux de la commission dans le domaine pénal, particulièrement en ce qui a trait à la partie générale. M. François Handfield, ancien secrétaire de la commission, se joindra à nous un peu plus tard. Il a été retenu à une réunion avec le solliciteur général.

Vous avez déjà reçu nos mémoires, que je ne vous lirai pas. Toutefois, comme vous le constaterez dans ce mémoire que nous avons préparé, nous abordons de nombreuses questions: la nécessité d'une réforme, les travaux de la commission, la nécessité d'une partie générale et les grands principes de base. Bien entendu, nous pourrions discuter pendant des heures de la nécessité d'une réforme, et je suis convaincu que d'autres témoins aborderont aussi cette question.

Je dirais que les travaux entrepris par la commission ces 20 dernières années illustrent la nécessité de la réforme, une réforme qui doit s'appuyer sur le principe de la modération, puisque le droit pénal est un instrument brutal et d'utilisation coûteuse qui doit être utilisé avec modération. Le gouvernement du Canada a repris ce principe dans son document intitulé «Le droit pénal dans la société canadienne».

Presque toutes les codifications du droit pénal comportent une première partie, sujet de la réunion d'aujourd'hui. Cette partie générale joue trois rôles: elle énonce les règles du droit pénal, les rationalise et les élucide. Ces règles doivent par conséquent être générales, de façon à éviter les répétitions inutiles dans les dispositions qui définissent les infractions. Elles doivent être présentées d'une manière ordonnée, de façon à faire du code un tout cohérent. Elles doivent enfin énoncer les principes fondamentaux de la justice, afin de refléter les assises du droit pénal.

La partie générale doit tendre à l'exhaustivité et comprendre l'ensemble des règles d'application générale, de façon que toutes les dispositions sur ces questions générales figurent dans un seul document, plutôt que de laisser à la jurisprudence la tâche de combler ces lacunes. Ces règles doivent être énoncées clairement, c'est-à-dire dans une langue simple et courante, au moyen de phrases directes, de sorte que la personne moyenne puisse les comprendre aisément.

De plus, la partie générale doit faire ressortir la légitimité du système de justice pénale. D'abord, elle doit refléter les valeurs fondamentales de la société. Ensuite, elle doit formuler les principes fondamentaux de la justice et de l'équité qui constituent le fondement moral du droit pénal. Vous constaterez dans le mémoire que nous vous avons remis que nous examinons ces valeurs et ces principes, et j'y reviendrai un peu plus tard.

[Text]

Contrary to the views of some critics, codification of general matters like principles of criminal liability and general defences is both a necessary condition of accessibility and an obvious aid to flexibility. The argument that principles concerning conduct and culpability are best left to common law and don't need inclusion in the general part ignores the needs of the average user or reader of the code. That reader wants to find all important criminal law provisions in the Criminal Code, to know that all criminal matters of significance are in that one document, and to avoid having to explore centuries of related case law.

The argument that codification of these principle matters will freeze the law or put it in a straitjacket ignores the fact that codification in terms of broad and general principles frees up the law for flexible interpretation by courts to meet new situations. Real codification is no hindrance, but rather an aid to judicial creativity.

You will hear from many groups as well that the general part that exists in the existing Criminal Code does not fully perform these functions. On the one hand, its omission of criminal liability provisions leaves the code denuded of any clear moral grounding. On the other hand, its lack of comprehensiveness, generality and orderly arrangement leaves the code without proper organization.

Some matters of general relevance like the defences of necessity and intoxication are left common law, while some like liability requirements are dealt with in the special part, 250 sections of which use culpability words like "fraudulently", "intentionally", "knowingly" and "wilfully". That makes the code hard to read, less manageable for the user, and less accessible to the general public. It leaves fundamental matters of public policy, and in some cases of acute controversy, to case law created largely by judges in enshrining earlier values. Insofar as it developed long before the Charter, it may need some considerable adjustment.

[Translation]

Contrairement à ce qu'affirment certains observateurs, la codification des principes généraux, tels ceux qui régissent la responsabilité pénale et les moyens de défense généraux, est essentielle à l'accessibilité et favorise la souplesse. Prétendre que les principes relatifs à la conduite et à l'élément moral devraient être laissés à la common law et ne pas être inclus dans la partie générale, c'est ne tenir aucun compte des besoins de l'utilisateur ou du lecteur moyen du code. En effet, celui-ci souhaite y trouver toutes les règles importantes du droit pénal, et avoir l'assurance que toutes les questions d'importance en la matière sont réunies dans un seul document et qu'il n'a pas à consulter des siècles de jurisprudence.

En outre, l'argument voulant que la codification de ces principes puisse avoir pour effet d'empêcher le droit d'évoluer et de lui enlever toute souplesse fait abstraction du fait que lorsque ces principes sont codifiés en des termes larges et généraux, les tribunaux ont une plus grande liberté d'action et peuvent les interpréter d'une manière souple et les adapter à des situations nouvelles. Une véritable codification a donc pour effet d'encourager la créativité des tribunaux plutôt que de l'entraver.

De nombreux groupes vous diront par ailleurs que la partie générale du code actuel ne remplit pas de manière adéquate les fonctions que nous venons de décrire. D'une part, comme elle n'énonce pas les principes régissant la responsabilité, les fondements moraux de notre code sont obscurs. D'autre part, elle est incomplète, pas assez générale et mal structurée, et le code est donc lui aussi mal structuré.

La partie générale laisse à la common law le soin de régir certaines question d'application générale, notamment les moyens de défense fondés sur la nécessité et l'intoxication, et, à la partie spéciale, celui de prévoir les exigences relatives à l'élément moral. Cette lacune nécessite la répétition de mots tels que «*frauduleusement*», «*intentionnellement*», «*sciemment*» et «*volontairement*» dans quelque 250 dispositions de cette partie. En somme, le code actuel laisse à désirer: il est difficile à lire et à utiliser, et il n'est pas à la portée de la population en général. Bon nombre de questions d'intérêt public fondamentales—et parfois fort controversées—dépendent de décisions rendues en grande partie par des tribunaux, à la lumière de valeurs désuètes. Dans la mesure où il a été élaboré bien avant la Charte, la validité constitutionnelle de bon nombre de ses dispositions est devenue problématique.

You will see in the work of the commission, as supplemented by other works, as it appears in the framework document you are using, that the proposed general part of the commission aims specifically at comprehensiveness, simplicity, systematization, and principle. It explicitly includes all matters of general import, sets them out straightforwardly in simple language, moves step by step from the general to the less general, and spells them out in general terms rather than in particular details.

Vous verrez dans l'étude de la commission, complétée par d'autres travaux, dans le document général que vous utilisez, que la partie générale proposée par la commission se veut un énoncé complet, simple et systématique du droit pénal, dont elle présente les principes fondamentaux. Elle traite expressément de toutes les questions d'intérêt général de façon simple et directe, en présentant d'abord les règles les plus générales et ensuite celles qui le sont moins et en les énonçant en termes généraux plutôt que de manière détaillée.

[Texte]

A number of principles to ensure no one is deprived of the right to life, liberty, and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice have to be adopted. The prime dictate of justice is that people should be punished only for wrongdoing. This dictate gives rise to the following principles.

People should be punished by law only for doing what was wrong at the time they did it, according to law. Secondly, they should only be punished for the wrong they really did themselves, not for the wrong someone else did or for wrongs that resulted from lack of control over their actions. Thirdly, their liability and punishment should reflect the degree of fault involved.

From these three principles derive the rules in the general part on legality, conduct, culpability, defences, participation, inchoate offences, and causation. You will find many of these rules discussed in our brief on each of these issues. I will not repeat them here today, except perhaps to bring to your attention the fact that since the release of our Report 31, which was over three years ago now, we've received numerous comments from consultants and others on the recommendations that were contained in Report 31. Although largely favourable, they criticised the undue complexity of the *mens rea* provisions. As a result, we propose a simplified version of the *mens rea* provisions, which you will find attached to our brief. We also slightly altered our proposal relating to duties to take in account some of the useful suggestions that were made to us.

The rule on intoxication under the existing law is very unsatisfactory. We all know the distinction made by the courts between specific-intent and general-intent offences. Let me take as an example the theft of something—for instance, theft of a book. If you're drunk and you steal a book, you can be acquitted because of your drunkenness. But if you damage the book instead of stealing it, you cannot be acquitted of vandalism, although you are in the same state of drunkenness, because one is a specific-intent and the other is a general-intent crime.

Our proposal, which you will have found in Report 31, was a major improvement over the existing law, in that it removed the arbitrary distinction between specific and general intent. It left the offender liable for having committed the crime while intoxicated. Since we intend to punish the offender for his criminal intoxication—this is what the crime was called, “criminal intoxication”—it would be better and more consistent with principles if the crime of criminal intoxication referred to the very fact of intoxication leading to the commission of a crime. In other words, rather than having a finding of guilt for say robbery while intoxicated, you will have a finding of criminal intoxication leading to robbery. In that instance the offender would be punished for what he did, allowing himself to become intoxicated to a point where he lost control and resorted to criminal behaviour.

[Traduction]

Un certain nombre de principes doivent être adoptés pour garantir qu'il ne puisse être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Or, l'un des préceptes premiers de la justice veut qu'une personne puisse être punie seulement pour une action répréhensible. De ce précepte découlent les principes suivants.

La loi peut punir une personne pour un acte ou une omission seulement si celui-ci est qualifié crime aux termes de la loi au moment où il est survenu. Deuxièmement, une personne peut être punie uniquement pour son propre fait, et non pour celui d'autrui, ni celui qui échappe à sa volonté. Troisièmement, la responsabilité et la peine devraient refléter la gravité de l'élément moral.

Les règles relatives au principe de la légalité, à la conduite, à l'élément moral, aux moyens de défense, à la participation aux crimes, aux infractions non consommées et à la causalité que renferme la partie générale s'inspirent de ces trois principes. Vous trouvez nombre de ces règles dans notre mémoire à propos de chacun de ces principes. Je ne les répéterai pas, sauf peut-être pour porter à votre attention le fait que depuis la publication de notre rapport numéro 31, il y a maintenant plus de trois ans, des consultants et d'autres personnes nous ont fait part de leurs observations en ce qui concerne nos recommandations. Même si le rapport a reçu un accueil très favorable, les dispositions relatives à l'élément moral ont été critiquées en raison de leur complexité. Ces dispositions ont par conséquent été simplifiées et figurent en annexe à notre mémoire. D'autre part, nous avons apporté de légères modifications à notre proposition concernant les devoirs, de manière à tenir compte de certaines suggestions utiles qui nous ont été faites.

La règle actuelle en matière d'intoxication laisse énormément à désirer. Mais nous connaissons tous la distinction que font les tribunaux entre les crimes d'intention spécifique et ceux d'intention générale. Prenons l'exemple du vol d'un livre. Si l'on est ivre et que l'on vole un livre, on peut être acquitté parce qu'on est sous l'effet de l'intoxication. Mais si l'on abîme le livre plutôt que de le voler, on ne peut être acquitté de vandalisme, même si on se trouve dans le même état d'intoxication, parce qu'il s'agit dans un cas d'intention spécifique et dans l'autre d'intention générale.

Même si notre proposition, que vous aurez trouvée dans notre rapport numéro 31, constituait une amélioration notable, en ce sens qu'elle faisait disparaître la distinction arbitraire entre l'intention générale et l'intention spécifique, l'accusé pouvait toujours être déclaré coupable d'avoir commis le crime alors qu'il était sous l'effet de l'intoxication. Or, comme nous entendons punir le contrevenant pour son crime d'intoxication—c'est ainsi qu'on qualifiait ce crime—les principes du droit pénal seraient mieux servis si l'intoxication criminelle visait expressément l'intoxication menant à la perpétration d'un crime. Autrement dit, un accusé serait déclaré coupable d'intoxication criminelle menant au vol qualifié, par exemple, plutôt que de vol qualifié commis sous l'effet de l'intoxication. Le contrevenant serait puni pour ce qu'il a fait, c'est-à-dire pour s'être intoxiqué au point de perdre le contrôle de soi et de se livrer à la conduite incriminée.

[Text]

[Translation]

• 1620

We've also simplified our provisions relating to involvement in crime, and you will find them attached to our brief as well. We can answer any questions you have on that later on.

Let me conclude by saying a general part structured along the lines you'll find in Report 31 or in our brief today or along the lines of those that have been suggested would improve our Criminal Code tremendously. It would do so by replacing incompleteness, complexity, and disorderliness with comprehensiveness, clarity, and coherence. In one short, readable title it would provide all the rules of general application in the criminal law, whether relating to liability requirements, general defences, and jurisdiction, or to parties and inchoate offenders. By so doing it would make the code more readable, more intelligible, and so more manageable to all concerned with it, judges, lawyers, jurors, and other citizens. Indeed, without minimizing the importance of the amendments made to the code over the years, the inclusion in it of a comprehensive general part would be the most significant legislative achievement since its enactment in 1892 from the point of view of both contents and process. It would pave the way for the long-awaited and needed reform of the code.

Let me finish with a word of caution. I'm sure you will hear representatives from various groups, and no doubt there will be criticism of the various proposals put forward, and many of these criticisms will relate to different perceptions of what the criminal justice system is or ought to be. It may, however, leave the overall impression that everybody is against everything. You will have to take a closer look at the criticism, and you will soon realize that notwithstanding what appears to be, they're all supportive of reform, although they will all oppose one provision or another, thereby leading to this negative impression. People will come to criticize constructively what they dislike, forgetting to tell you what they like; and I suspect they will like the majority of the proposals they are silent on.

A second and last word of caution—and here I'm speaking with the experience I've had with the reform of the civil code in Quebec—I would urge you to keep your discussions with those who will appear before you at the level of principles and leave it to the draftpersons to fiddle with the words and the legislative techniques. It is a golden opportunity for you in these meetings to sort out what the philosophy should be in relation to the various components of criminal liability. What should the rules be on legality, conduct, culpability, causation, defences, involvement in crime, and jurisdiction?

If as parliamentarians you manage to have a general part enacted in the Criminal Code, then it will be possible for you, in a second undertaking, to reform another substantial part of the code. One could easily envisage an incremental but

Nous avons également simplifié les dispositions proposées concernant la participation aux crimes, et vous les trouverez également annexées à notre mémoire. Nous pourrons répondre à vos questions à ce sujet plus tard.

Je conclurai en disant que nous estimons qu'une partie générale dont la structure serait comparable à celle que vous trouverez dans le rapport numéro 31 ou à celle que nous venons de proposer améliorerait grandement notre Code criminel. Elle aurait principalement pour effet de remplacer une série de dispositions complexes, incomplètes et désordonnées par un ensemble de règles claires, complètes et cohérentes. Toutes les règles d'application générale du droit pénal, qu'il s'agisse des principes régissant la responsabilité, des moyens de défense généraux, de la compétence, de la participation aux crimes ou des crimes non consommés, seraient réunies dans un même titre facile à consulter. Notre code serait encore plus facile à lire et à comprendre; il deviendrait ainsi accessible à tous les intéressés, à savoir les juges, les avocats, les jurés et la population en général. De fait, sans vouloir minimiser l'importance des nombreuses modifications qui ont été apportées au code au fil des ans, l'incorporation d'une partie générale complète serait la mesure la plus importante qu'aurait prise le législateur depuis l'adoption du code en 1892, et ce, tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure. Elle ouvrirait la voie à la révision complète du code que nous attendons et qui s'impose depuis longtemps.

Je terminerai par une invitation à la prudence. Je suis certain que vous entendrez des représentants des différents groupes, que l'on critiquera parfois les diverses propositions qui ont été faites et que beaucoup de ces critiques émaneront des perceptions différentes qu'on peut avoir d'un système de droit pénal. On risque toutefois d'en retirer l'impression générale que tout le monde est contre tout. Vous devrez donc réexaminer les critiques de plus près, et vous constaterez rapidement que, malgré les apparences, toutes vont dans le sens d'une réforme, bien qu'elles s'opposent à l'une ou l'autre des dispositions et, de ce fait, laissent une impression négative. Ces gens-là viendront critiquer de façon constructive ce qui ne leur plaît pas en oubliant de vous dire ce qui leur plaît. Mais je suppose que dans la majorité des cas les propositions sur lesquelles ils ne diront rien leur plairont.

Encore une dernière mise en garde—et là je parle selon l'expérience que j'ai eue dans le cas de la réforme du Code civil au Québec—je vous recommande fortement de ne discuter que de principes avec ceux qui comparaîtront devant vous et de laisser aux législateurs le soin de la rédaction et des détails d'ordre technique. Vous avez là une occasion en or de discuter des principes qui doivent orienter les différents éléments de la responsabilité pénale. Quelles devraient être les règles en matière de légalité, de conduite, d'élément moral, de causalité, de moyens de défense, de participation aux crimes et de compétence?

Si vous réussissez à mettre une partie générale dans le Code criminel, il vous sera alors possible, dans une deuxième étape, de réformer un autre élément important du code. On pourrait facilement envisager une réforme progressive, mais

[Texte]

fundamental reform of the Criminal Code, starting with the least contentious parts and keeping for the end the most contentious ones. For example, one could follow the enactment of the general part with a reform of the part dealing with crimes against the state. We all favour rules against corruption and obstruction of public administration. Then this part could be followed by the one on crimes against property: theft, fraud, arson, vandalism, breaking and entering, robbery, possession of stolen goods. Who would disagree with the need for these offences?

The part dealing with offences against the person could be kept for the end, as it is likely to be more contentious. I have only to name a few, such as abortion, pornography, sexual offences, to give you an idea of the contentious issues. If you'll keep this part for the end, many of these issues by then will have already been resolved.

• 1625

It would be possible, over a reasonable period of time, to enact a new Criminal Code that is comprehensive, principled, structured, organized, accessible, functional, but above all a new Criminal Code that is representative of the values Canadians share. Contrary to the 1892 code, which was designed in England, this new code would have been made, as we said in our Report 31, in Canada, by Canadians, and for Canadians.

The Chairman: Thank you very much for that very worthwhile presentation. It is obvious you have caught the dream of recodification, as some of us did back as far as 1979. We are still taking a hesitant first step, but we do hope it will go forward. We are certainly going to do our part on this subcommittee to push it that way.

Mr. Del Buono.

Mr. Vincent Del Buono (Society for the Reform of the Criminal Law): Thank you, Mr. Chairman. I am honoured to appear before you today and wish to express to you my sincere thanks and those of the Society for the Reform of the Criminal Law for having undertaken this important task of recodifying the Canadian Criminal Code.

I should say at the outset that although I am president of the society and have solicited and had the benefit of the views of many of our members on my proposed remarks today, the opinions I will express are mine and mine alone and should not be attributed to any other person or organization.

The codification or recodification of the criminal law is a difficult task at the best of times. But it is a process that must be undertaken periodically by democratic societies to give or restore coherence to the criminal law, which, imperfect as it is, is one of the most important expressions of our fundamental values as a community and as a nation. The state of a country's criminal law is important. There is a quotation in my brief from Professor Herbert Wechsler, a member of our society's council and one of this century's most successful criminal law codifiers, telling you why.

[Traduction]

fondamentale, du Code criminel, en commençant par les parties les moins controversées et en gardant pour la fin les plus controversées. Par exemple, on pourrait, après l'adoption d'une partie générale, passer à une réforme de la partie traitant des crimes contre l'État. Nous sommes tous favorables à des règles contre la corruption et l'obstruction de l'administration publique. On pourrait ensuite s'occuper des crimes contre la propriété: vol, fraude, incendie criminel, vandalisme, vol par effraction, vol qualifié, possession de biens volés. Qui s'opposerait à la nécessité de condamner ces infractions?

La partie traitant des infractions contre la personne pourrait être gardée pour la fin, car elle risque d'être plus controversée. Je me contenterai de citer l'avortement, la pornographie, les infractions sexuelles, pour vous donner une idée de la controverse que cela pourrait susciter. Si vous gardez cette partie pour la fin, beaucoup de ces questions auront déjà été réglées lorsque vous y arriverez.

Dans un délai raisonnable, il serait possible d'adopter un nouveau Code criminel qui soit notamment exhaustif, fondé sur des principes bien établis, bien structuré, accessible et fonctionnel, mais avant tout représentatif des valeurs chères aux Canadiens. Contrairement au code de 1892, conçu en Angleterre, ce nouveau code, comme nous le faisons remarquer dans notre rapport numéro 31, serait établi au Canada par des Canadiens et pour des Canadiens.

Le président: Je vous remercie de cet excellent exposé. Je vois que la recodification vous tient à cœur, comme elle tient à cœur à certains d'entre nous depuis 1979. Nous hésitons toujours à nous engager dans cette voie, mais j'espère que nous finirons par le faire. Le sous-comité va certainement faire sa part pour faire avancer le dossier.

Monsieur Del Buono.

M. Vincent Del Buono (Société de réforme du droit pénal): Je vous remercie, monsieur le président. Je suis heureux de comparaître devant vous aujourd'hui et je veux vous remercier sincèrement en mon nom personnel ainsi qu'au nom de la Société de réforme du droit pénal, d'avoir entrepris la tâche importante de recodifier le Code criminel canadien.

J'aimerais d'abord souligner le fait que, bien qu'étant président de l'organisme que je viens de mentionner et bien qu'ayant consulté un bon nombre de nos membres sur les propos que je vais maintenant vous tenir, les opinions que j'exprime sont personnelles et ne lient en rien qui que ce soit d'autre ni l'organisme que je représente.

Codifier ou recodifier le droit pénal sera toujours une tâche difficile. Toutes les sociétés démocratiques doivent cependant périodiquement s'attacher à rétablir la cohérence du droit pénal, qui, si imparfait soit-il, constitue l'une des expressions les plus importantes des valeurs fondamentales d'une collectivité et d'un pays. L'état dans lequel se trouve le droit pénal d'un pays revêt de l'importance pour les raisons—citées dans mon mémoire—énoncées par M. Herbert Wechsler, membre du conseil de notre société et l'un des plus éminents spécialistes de la codification du droit pénal de ce siècle.

[Text]

The codification or recodification of a country's criminal law is not an abstract or academic exercise. It's a very practical one. One of the executive members of our society, Ron Gainer, has stated it quite succinctly. He said:

The criminal law is of fundamental importance to the effective operation of a civilized society. At an abstract level, it defines the outer boundaries beyond which individual freedom cannot be exercised without seriously transgressing the freedom of others. At an operational level, it establishes the points at which the government will intercede to protect those freedoms. If the law is to realize its potential value, the government must be able to intercede with sufficient frequency and even-handedness to instill and maintain public confidence in and respect for the criminal law. Only then can it achieve a fair degree of deterrence.

On July 1, 1993, we in Canada will mark the 100th anniversary of the coming into force of our present Criminal Code. Although our Criminal Code has served us well, it remains fundamentally, both in its style and in much of its content, a document of a century ago. In 1893, as you know, your province, Mr. Chairman, Alberta, and yours, Mr. Laporte, Saskatchewan, did not yet exist. Women did not have the right to vote, to sit in this House, on the bench, or on the juries in this country. The ultimate court of justice for Canada was not here in Ottawa but in London. It is clear the time has now come to modernize the code to ensure it accords with the present-day views of Canadians.

Immediately after Confederation, our first Prime Minister, Sir John A. Macdonald, faced two major tasks: cementing the union by legislating effectively for the new Canada and engendering a sense of national unity among its people. As the historian Desmond Brown noted in *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Macdonald in large part saw the adoption of a common criminal law as a means of fostering this sense of national unity. That goal was shared by many on all sides of this House, in the Senate, on the bench, and in the bar of this country.

• 1630

Since it was first enacted in 1893, the code has been much amended. There has not been one session of Parliament that did not see one or more amendments to the code. In addition, there have been calls over the years for wholesale renewal of the code. For instance, in 1947 that noted criminal lawyer and famous civil libertarian, John Diefenbaker, called upon the then Minister of Justice to proceed with the recodification of the Criminal Code to bring it up to date, to remove many of the sections that are obsolete and in effect to amend the punishments.

In the 1950s there was a major revision of the Criminal Code. The revision reduced the code's bulk and addressed some of the problems left unresolved by the 1893 code, but the revision was exactly that, a restructuring and rationalization rather than a fundamental and principled renewal of the Criminal Code.

[Translation]

La codification ou la recodification du droit pénal d'un pays ne constitue pas une entreprise abstraite ou intellectuelle. Elle est essentiellement pratique. L'un des membres exécutifs de notre société, Ron Gainer, l'a clairement et succinctement fait ressortir en disant ceci:

Le droit pénal revêt une importance fondamentale pour le bon fonctionnement d'une société civilisée. Dans l'abstrait, il fixe les limites au-delà desquelles la liberté individuelle ne peut pas s'exprimer sans grandement empiéter sur la liberté d'autrui. Dans la pratique, il établit le moment à partir duquel le gouvernement interviendra pour protéger ces libertés. Pour que le droit pénal réalise son potentiel, le gouvernement doit être en mesure d'intervenir suffisamment fréquemment et équitablement de manière à maintenir la confiance du public. Ce n'est que de cette façon que le droit pénal peut jouer un rôle de dissuasion.

Le 1^{er} juillet 1993, le Canada célébrera le 100^e anniversaire de l'entrée en vigueur de l'actuel Code criminel. S'il nous a bien servi jusqu'ici, notre Code criminel reflète, par son style et par une bonne partie de son contenu, une époque révolue. En 1893, comme vous le savez, votre province, monsieur le président, l'Alberta, et la vôtre, monsieur Laporte, la Saskatchewan, n'existaient pas. Les femmes ne pouvaient ni voter, ni siéger à la Chambre des communes, ni être appelées à la magistrature, ni faire partie des jurys. Le tribunal de dernier recours pour le Canada n'était pas à Ottawa, mais à Londres. Le moment est clairement venu d'actualiser le code pour qu'il reflète les valeurs actuelles des Canadiens.

Immédiatement après la Confédération, notre premier premier ministre, Sir John A. Macdonald, a dû relever deux importants défis: consolider l'union en adoptant des lois dans l'intérêt du nouveau Canada et susciter un sens d'appartenance nationale au sein de ses habitants. Comme l'historien Desmond Brown le faisait remarquer dans *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Macdonald considérait l'adoption d'un code pénal commun comme un moyen de favoriser l'unité nationale. C'est un objectif que partageaient un bon nombre de députés, de sénateurs, de juges et d'avocats du pays.

Depuis son adoption en 1893, le code a été beaucoup modifié. Chaque session du Parlement a produit sa fournée de modifications au Code criminel. On a aussi régulièrement réclamé la refonte du code. Ainsi, en 1947, un éminent criminaliste et célèbre défenseur des libertés civiles, M. John Diefenbaker, a pressé le ministre de la Justice de l'époque de recodifier le Code criminel afin de l'actualiser en abrogeant les articles désuets et en revoyant les sanctions prévues.

Dans les années 50, on a effectué une révision en profondeur du Code criminel. On l'a allégé et on a corrigé certains problèmes que posait le code de 1893, mais cette révision n'a abouti qu'à une restructuration et à une rationalisation du code plutôt qu'à son renouvellement intégral.

[Texte]

It is clear that the present recodification effort owes a great deal to the work of the Law Reform Commission of Canada. In my brief I outline the debt that everyone owes to the Law Reform Commission of Canada with respect to this recodification process.

What I would like to speak about today to you is that the present Canadian work has not been carried on in isolation. Work is proceeding on criminal law recodification in Australia, England and Wales, France, Hungary, Israel, New Zealand, Nigeria, Poland, the new republics of the former Soviet Union, and Zimbabwe, to mention only a few.

Many in our society are leading these national efforts. We were delighted to have the members of this standing committee and your staff be part of this international movement through your participation in our founding conference at the Inns of Court in London in July 1987; in our meeting on reform of sentencing, parole and early release, which occurred in this building in August 1988 when my colleague Mr. Daubney was the chairman of this standing committee; and finally in our conference on Criminal Code reform which Mr. Rideout and other members and the staff of this committee attended on Capitol Hill in Washington in January of 1990.

Let me simply put this international movement in some context. It is occurring at a very troubling time for the administration of criminal justice in many countries. Very difficult questions about the role that racial and ethnic prejudice play in the administration of criminal justice, which have long been ignored, must now be confronted. Many of us and many of our members have had to turn from our other interests to tend to this darker side of the administration of justice, but I am proud of the fact that many of the members of our society have been in the forefront of struggles to confront and begin to remedy these problems, whether they be aboriginal deaths in custody in Australia, detention without trial in South Africa, or the need to prevent future miscarriages of justice in England.

The administration of criminal justice generally needs to be reformed. Recodifying the criminal law is an important step in that process. I thought it might be useful if today I briefly canvass for you the state of recodification in those jurisdictions with which I am most familiar, and of the list that I have indicated in my brief. I would like to speak a bit about the effort in Australia and the effort in the United States.

The Australian effort has roughly paralleled ours, at least in its most recent years. The present Australian codification movement began in 1987 when the then Attorney General, the Right Honourable Sir Lionel Bowen, appointed a committee to review the criminal laws of the Commonwealth with a view to recommending changes. That committee reported in 1990. The report was taken up by the members of the society at Parliament House in Brisbane in April of 1991.

[Traduction]

Il convient de faire remarquer que la Commission de réforme du droit du Canada a été à l'avant-garde du mouvement en faveur de la recodification. Dans mon mémoire, je souligne l'immense dette que nous avons tous envers la Commission de réforme du droit du Canada.

J'aimerais souligner aujourd'hui le fait que le Canada n'est pas le seul pays à entreprendre une refonte de son code pénal. La recodification du droit pénal est en bonne voie en Australie, en Angleterre et au pays de Galles, en France, en Hongrie, en Israël, en Nouvelle-Zélande, au Nigeria, en Pologne, dans les nouvelles républiques de l'ancienne Union soviétique, et au Zimbabwe, pour ne nommer que quelques pays.

De nombreux intervenants dans notre société ont pris l'initiative de canaliser les efforts en vue de renouveler le code pénal. Nous avons été ravis que les membres de ce comité permanent et votre personnel se joignent à ce mouvement international en participant à notre conférence de fondation tenue aux Inns of Court, à Londres, en juillet 1987, à notre réunion sur la réforme du processus de détermination de la peine, de la libération conditionnelle et de la libération anticipée, qui a eu lieu dans cet édifice en août 1988, lorsque mon collègue, M. Daubney, présidait ce comité permanent, ainsi qu'à notre conférence sur la réforme du Code criminel, à laquelle étaient présents M. Rideout, d'autres membres du comité et certains membres du personnel, au Capitole, à Washington, en janvier 1990.

Permettez-moi de replacer ce mouvement international dans son contexte. Il se manifeste à un moment assez troublant pour l'administration de la justice pénale dans de nombreux pays. Le moment est maintenant venu de répondre à certaines questions très difficiles qui se posent au sujet de l'incidence des préjugés raciaux et ethniques sur l'administration de la justice pénale, préjugés dont on a préféré pendant longtemps ne pas tenir compte. Bon nombre d'entre nous et bon nombre de nos membres ont dû délaisser d'autres centres d'intérêt pour se pencher sur cet aspect moins reluisant de l'administration de la justice, mais je suis fier du fait que de nombreux membres de notre société ont été au premier plan de la lutte visant à pallier les lacunes de notre système de droit pénal, qu'il s'agisse d'aborigènes morts en détention en Australie, d'incarcérations sans procès en Afrique du Sud, ou de la nécessité d'éviter d'autres dénis de justice en Angleterre.

La réforme de l'administration de la justice pénale s'impose de façon générale. La recodification du droit pénal constitue un pas important dans cette direction. J'ai pensé qu'il serait utile aujourd'hui que je vous donne un aperçu de l'avancement des travaux de recodification dans les pays que je connais le mieux et dont une liste apparaît dans mon mémoire. J'aimerais d'abord vous dire quelques mots au sujet des initiatives prises en Australie et aux États-Unis.

Le mouvement en faveur d'une recodification du code pénal a, en Australie, pris à peu près la même forme qu'ici, du moins au cours des dernières années. Le mouvement est né en 1987, lorsque le procureur général de l'époque, le très honorable Sir Lionel Bowen, a chargé un comité de revoir les lois pénales du Commonwealth en vue d'y recommander des modifications. Le comité a présenté son rapport en 1990. Le rapport a été débattu par les membres de la société à

[Text]

The delegates agreed at that time that it was important to achieve consistency in the criminal law among Australian jurisdictions.

The report of that seminar was taken up by the Standing Committee of State and Commonwealth Attorney Generals, which established an officers committee to draft a common criminal code for all of the Australian jurisdictions. I am informed that as of last month the officers had completed their work and will report to the Standing Committee of Attorney Generals in the near future. The draft will be circulated for comment at a meeting of the Australian Criminal Lawyers Association in Auckland this September. If it proves necessary, it will be further refined at a follow-up seminar, which the society's Australian members will have in Sydney around Easter of next year. I fully expect that a draft of a new general part of a common Australian criminal code will be enacted by one or more jurisdictions in the next year or two.

[Translation]

Parliament House, à Brisbane, en avril 1991. Les délégués à cette réunion ont alors convenu qu'il importait d'uniformiser le droit pénal dans les États australiens.

Le rapport de ce colloque a été étudié par le comité permanent des procureurs généraux des États et du Commonwealth, qui a constitué un comité de rédaction chargé de proposer un code pénal commun à tous les États australiens. On m'informe que les membres de ce comité ont terminé leur travail le mois dernier et qu'ils en feront rapport très bientôt au comité permanent des procureurs généraux. Le projet de rapport fera l'objet de discussions à la réunion de l'Australian Criminal Lawyers Association qui aura lieu à Auckland en septembre. Le projet sera de nouveau revu au besoin lors du colloque de suivi que tiendront les membres australiens de notre société à Sydney aux environs de Pâques l'an prochain. Je m'attends à ce qu'un ou plusieurs États australiens adoptent le projet de partie générale du code pénal commun d'ici un an ou deux.

• 1635

Let me speak a bit about the situation in the United States. In my brief I talk about the situation in England and Wales as well as in New Zealand. The movement for the codification for criminal law in the United States is dormant for the moment, but like Rip Van Winkle, it will one day awaken.

The criminal law codification movement in the United States generally was one of the most successful law reform movements of this or any other century. The impetus for reform that led to the adoption of the model penal code at the state level also promoted a federal effort, which worked from 1966 to 1982.

In 1978 the United States Senate, by a vote of 72 to 15, passed a revised United States Criminal Code. Unfortunately, over the next four years the vagaries of politics conspired to prevent further agreement on the code by the Senate and House, until the effort ground to a halt in 1982. I will come back to this, because I think there are many lessons we heard about when we were in Washington on Capitol Hill from Father Drinan, who is the chairman of that subcommittee, about the mistakes they made in their efforts, which perhaps should be avoided by this subcommittee in its efforts.

Let me simply say that the codification of the criminal law is important work. The framework document prepared by the Department of Justice and the Law Reform Commission of Canada is an extremely useful vehicle for assisting interested Canadians in expressing their views on some of the fundamental issues. Your consideration of it will range over a large number of subjects. Although all are important, I would like to touch upon just a few today.

The framework document sets out a large number of fundamental policy issues which should be decided through the parliamentary process. In our complex society each of us has not only a number of important rights and freedoms but also a number of duties we owe to others. In our world we are all interdependent upon each other in some way. To date, the Criminal Code has not clearly stated which duties we owe to each other, the breach of which will attract criminal

Je voudrais vous dire quelques mots au sujet de la situation aux États-Unis. Dans mon exposé, j'ai évoqué la situation en Angleterre, au pays de Galles ainsi qu'en Nouvelle-Zélande. Le mouvement en faveur de la codification du droit pénal aux États-Unis est en veilleuse en ce moment, mais comme Rip Van Winkle, il ne manquera pas de se réveiller un jour.

Le mouvement en faveur de la codification du droit pénal aux États-Unis a été une des grandes réussites du mouvement pour la réforme du droit. L'élan réformateur qui s'est traduit par l'adoption d'un code pénal exemplaire au niveau des États a entraîné un effort au niveau fédéral de 1966 à 1982.

En 1978, le Sénat américain, par un vote de 72 voix contre 15, a adopté la version révisée du code pénal des États-Unis. Malheureusement, au cours des quatre années suivantes, les aléas politiques ont empêché de nouveaux accords entre le Sénat et la Chambre en ce qui concerne la révision du code, si bien qu'en 1982, la réforme était au point mort. Lors de notre voyage à Washington, le père Drinan, président du sous-comité américain, a évoqué devant nous les nombreuses erreurs qu'ils ont faites, erreurs qu'on devrait essayer d'éviter à notre tour.

La codification du droit pénal est de toute évidence un travail fort important. Le document cadre élaboré par le ministère de la Justice et par la Commission de réforme du droit du Canada permettrait notamment aux Canadiens que la question intéresse de faire valoir leur point de vue sur ces questions cruciales. Vous pourrez ainsi vous pencher sur un large éventail de questions. Même si toutes sont importantes, je voudrais, si vous le permettez, en évoquer quelques-unes.

Le document cadre énumère un certain nombre de questions de principe qui devraient être tranchées par le Parlement. Dans une société aussi complexe que la nôtre, chaque citoyen a non seulement des droits, mais également des obligations, car nous dépendons tous dans une certaine mesure les uns des autres. Or, dans sa forme actuelle, le Code criminel ne définit pas clairement ces obligations, dont le non-respect tomberait sous le coup de la loi. C'est donc la

[Texte]

responsibility. The commission has attempted to set out for the first time all these duties clearly.

You will consider their recommendations and I hope at the end of your deliberations suggest a clear, more useful statement of these duties for inclusion in either the general part or possibly the special part. Such a statement's clarity would benefit all Canadians by leaving no one in doubt as to what duties she or he owes others.

The general part should also deal clearly with how the criminal law fixes criminal responsibilities to corporations for the criminal conduct of their directors, managers, and employees. Let me say that this is an area of law which is becoming increasingly important, particularly in the fight to protect our physical environment and to deal with organized organizations which commit criminal acts. I am sure that many Canadians will wish to give you the benefit of their views on this subject.

Although most violent crimes in this country are committed by persons who are either drunk or on drugs, there has never been a determination by the Parliament of Canada as to whether self-induced impairment by alcohol or drugs should provide the accused with a complete, a partial, or no defence to serious crime. Rather, we have based our law on a 1920 decision of the House of Lords in England. I think it is long overdue that our Parliament made its own determination as to what policy our criminal law should contain in this regard.

As the framework document illustrates, there are many more issues that will be before you in this important review. The hearings that you will hold will be crucial to the development of the criminal law of Canada. Your deliberations will give all Canadians an opportunity to be heard on the fundamental issues of criminal responsibilities, many of which go to the very heart of who we are as a compassionate but a just community and nation.

I want to make the point that it will be especially important for you to hear those voices which were not heard in 1893, specifically those of women and aboriginal people, many of whom claim that our present criminal law and its administration neither adequately reflects their values nor treats them justly.

I said at the outset of my remarks today that the recodification of the criminal law, although an essential task, is a difficult one. Let me echo the two notes of caution that the Hon. Mr. Justice Gilles Létourneau left you with.

I think it is important that once a country engages in a codification that it follows it through successfully. From my study, the experience has been that if the codification effort is successful, it invariably fosters a new confidence in all those responsible for criminal justice, and it steels them to tackle the multitude of other pressing issues involving law and social justice.

[Traduction]

commission qui, pour la première fois, a essayé de répertorier ces obligations.

Vous allez donc examiner ces recommandations et, lorsque vous aurez terminé, j'espère que vous pourrez soumettre une liste bien détaillée de ces obligations qui pourront être incluses dans la partie générale du code ou éventuellement dans une partie spéciale. Un énoncé clair de ces obligations permettrait à chaque citoyen de se faire une idée claire et précise de ses devoirs aussi bien que de ses droits.

La partie générale du code devrait par ailleurs expliciter clairement la façon dont le droit pénal détermine les responsabilités pénales des administrateurs, des gestionnaires et des employés travaillant pour des sociétés au cas où ceux-ci se seraient rendus coupables d'actes délictuels. C'est un aspect du droit pénal qui devient de plus en plus important, surtout lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de l'environnement et de réprimer les actes délictueux du crime organisé. Je suis certain que de nombreuses personnes tiendront à exposer leur point de vue devant le comité.

Même si la majeure partie des crimes accompagnés de violence sont perpétrés par des personnes en état d'ébriété ou sous l'influence de drogues, le Parlement n'a jamais jusqu'à présent tranché la question de savoir si le fait d'avoir bu ou d'avoir pris des drogues peut servir de circonstances atténuantes pour quelqu'un ayant commis un crime grave. Jusqu'à présent, la jurisprudence a été basée sur une décision rendue en 1920 par la Chambre des lords britannique. J'estime qu'il est grand temps que le Parlement décide enfin de l'attitude à adopter à cet égard.

Vous aurez de nombreuses autres questions à examiner lors de cette étude. Les audiences constitueront une étape importante dans l'élaboration de notre droit pénal. Elles permettront en outre à tous nos concitoyens qui le souhaitent de faire valoir leur point de vue en ce qui concerne les responsabilités pénales, responsabilités qui doivent être fondées aussi bien sur la notion de justice que sur celle de compensation.

Je tiens à insister sur l'importance du point de vue qui sera exprimé cette fois-ci par les femmes et les peuples autochtones, qui n'ont pas eu la possibilité de s'exprimer en 1893, si bien que dans l'administration actuelle du droit pénal, il est rarement tenu compte de leur point de vue.

Comme je l'ai déjà dit, la recodification du droit pénal est une tâche capitale, mais difficile. Je voudrais reprendre à ce propos les deux mises en garde faites par le juge Létourneau.

Lorsqu'on entreprend un travail de codification, il est essentiel de mener ce travail à terme. La réussite dans ce domaine assoit en effet la légitimité de toutes les personnes chargées d'administrer la justice pénale et les encourage à s'attaquer à d'autres problèmes relevant du droit ou de la justice sociale.

[Text]

[Translation]

• 1640

If, however, the codification exercise fails, there is often a loss of nerve on the part of the political leadership, the judiciary, and the profession in dealing with crime and criminal justice reform. The loss of nerve in turn leads, needless to say, to a multitude of other problems.

The American experience is to be learned from. The Americans had a criminal code that passed their Senate. It was extremely successful and it ground to a halt. The reasons for that are many, but they were echoed to us and taught to us by Father Drinan, who was the chairman of the subcommittee in which that occurred. The first is to focus needed attention, as legislators, on policy issues, rather than to become mired in the details of legislative drafting. The American experience was that while the members of the judiciary subcommittee argued about the choice of a word or the placement of a comma, the political consensus and momentum for codification dissipated. With its supporters demoralized, the new code, which had been passed overwhelmingly by the Senate, became vulnerable to being torn to pieces by single-issue interest groups.

The second caution would be not to believe the judiciary is in a better position than you to make the hard choices on which fundamental values the code should protect. Criminal litigation is seldom the best forum in which to assess and then to decide broad issues involving public policy choices. The legislative process, although far from ideal, is a better forum in which to hear and weigh all points of view before making some of the difficult value choices you have before you.

I and many others very much look forward to the report that will conclude your deliberations. I know individual members of our society will wish to appear to give you the benefits of their views this autumn. I hope you will find their views useful.

Our society is planning a national conference in Ottawa the week of July 1 next year to mark the centenary of the coming into force of the Criminal Code in 1893. It will examine which values the code has expressed over the last 100 years and how it has mirrored, at times opaquely, at times distortingly, images of who we are as a country and who we wanted to be. I hope your success in these hearings will ensure our conference is not only a look back to our past but also a look forward to our future. I know not only will your report be a milestone in the history of the development of the criminal law of Canada but it be, I can assure you, studied closely in all other countries around the world.

Thank you for this opportunity to be here, to appear and be heard. I would like to mention that two of my colleagues who had worked on various parts of this effort are here, and I would like to introduce them to you. François Lareau was with the Department of Justice over the Criminal Code review for a long period of time. As a summer student two years ago, Andrew Iacobucci did some of the work in assembling the framework document, and I'm pleased he is here today.

En revanche, un échec découragerait la classe politique, les magistrats et les avocats de s'attaquer à toute réforme ultérieure du droit pénal et de la répression de la criminalité, ce qui, bien entendu, entraînerait un tas d'autres problèmes.

Nous devons tirer la leçon de ce qui s'est passé aux États-Unis. Après que le Sénat eut adopté le code pénal, le mouvement de la réforme du droit s'est enlisé pour toutes sortes de raisons. Le père Drinan, qui a présidé le sous-comité chargé de cette réforme, nous a expliqué comment les choses se sont passées. Les législateurs doivent donc commencer par étudier les questions de principe plutôt que de s'appesantir sur des détails de rédaction juridique. Ainsi, ce qui est arrivé aux États-Unis, c'est que pendant que les membres du sous-comité discutaient de points et de virgules, l'enthousiasme est retombé, si bien que le nouveau code, qui avait été adopté par le Sénat à une large majorité, est devenu la cible toute désignée de revendications catégorielles.

Par ailleurs, il ne faut pas croire que les magistrats soient mieux placés que les parlementaires pour décider quels doivent être les grands principes qu'il convient d'entériner dans le code pénal. Il n'appartient pas à la magistrature de décider des grandes orientations d'une société. Le Parlement, malgré tous ses défauts, est bien mieux placé pour faire ce choix, après avoir pris en compte différents points de vue.

C'est donc avec le plus vif intérêt que nous attendons le rapport qui sera publié à l'issue de vos délibérations. Plusieurs membres de notre société viendront comparaître devant le comité l'automne prochain, et j'espère que leurs interventions vous seront de quelque utilité.

Notre société organisera une conférence nationale à Ottawa durant la première semaine de juillet 1993 pour marquer le centenaire de l'entrée en vigueur du Code criminel en 1893. Nous examinerons au cours de cette conférence les grands principes exprimés par le code au cours de ce siècle ainsi que la façon dont l'application du code a servi d'image plus ou moins fidèle de nos idéaux. J'espère que le succès de vos audiences permettra à notre conférence non seulement de faire le point sur le passé, mais également d'envisager l'avenir. Je suis certain que votre rapport non seulement sera un jalon dans l'histoire du droit pénal du Canada, mais qu'il sera également suivi de près par de nombreux autres pays.

Je vous remercie de nous avoir invités à comparaître aujourd'hui. Permettez-moi de vous présenter deux de mes collègues qui ont travaillé à cette question: M. François Lareau, du ministère de la Justice, qui se consacre depuis longtemps à la révision du Code criminel, ainsi que M. Andrew Iacobucci, qui, il y a deux ans, a travaillé pour nous pendant l'été au document cadre.

[Texte]

It's been a remarkable journey, when one thinks back on it. I look at my colleagues here at the table. It's been quite a remarkable journey, almost ten years, to pull this together. Patrick Fitzgerald has been at it much longer than the rest of us, twenty years working on this. A lot of the credit for the simplicity, the style, and the elegance of this commission code goes to him. François Handfield joined the effort eight or nine years ago. It represents the work of many hands. It represents also the hopes of many that this codification of the Criminal Code can in fact lead to a renewal of Canadian values 100 years after we first established it.

The Chairman: Thank you ever so much. It's now in our hands. We're going to try to do the best we can by September. But politics being what it is, I think some days we wish we could be dictator for a day and do one thing and then retire. Many of us would just do this and have it over with.

Mr. Rideout, would you start us off, please?

Mr. Rideout (Moncton): I appreciated the comments. Obviously the message coming through is that we should follow the KISS formula—"keep it simple, stupid"—if we can, and not get into anything all that complicated in order to set up some lightning rods that could damage the process.

With that in mind, should the recodified Criminal Code contain a statement of purpose and principles, or should we keep that outside and use it as a touchstone as we go through this process? Should we actually come up with a statement of purpose and principles? If so, the obvious next question is do you have a broad framework of what they should be so we could consider those?

• 1645

Mr. Justice Létourneau: I would be reluctant to include the statement of purposes in the context of this exercise, for many reasons, one being that as you will be dealing with general principles of criminal liability, why would you have on top of that another series of general statements that would perhaps duplicate or at times contradict some of the general principles you have established for criminal liability? If there were no general part, then I suppose statements of purposes might be useful. But that is what the general part is intended to achieve.

I would be all the more reluctant in the context of the existing code, as the existing code is a melting pot of substantive law provisions, procedure, and evidentiary provisions, and it may be that the statement of purposes that you would like to make in relation to substantive offences would not apply to evidentiary provisions or to procedural provisions. For instance, we know, notwithstanding what the Interpretation Act might say, that the interpretation of substantive provisions in criminal law is to be a restrictive interpretation, while you would favour a purposive or liberal interpretation of procedural provisions to make sure the procedure will fulfil its purposes which is intended to bring someone to trial. In other words, you would have a liberal interpretation of procedural provisions to ensure that the trial will take place rather than being ended prematurely. But you cannot do that with substantive offences.

[Traduction]

On a d'ores et déjà fait un travail tout à fait remarquable. Il a fallu près de 10 ans pour en arriver là. Patrick Fitzgerald, quant à lui, y a consacré 20 ans de labeur, et c'est à lui que nous devons en partie l'élégance et la simplicité de style de cette version du code. François Handfield s'est joint à nous il y a huit ou neuf ans. De nombreuses personnes ont donc contribué à l'ouvrage. Nous espérons tous que cette recodification du Code criminel débouchera sur un renouveau des grands principes fondateurs de notre pays, un siècle après leur mise en vigueur.

Le président: Merci. C'est maintenant à nous de jouer. Nous essaierons de faire de notre mieux en septembre. Mais je suis sûr qu'il arrivera des fois où nous souhaiterons pouvoir agir de façon dictatoriale pour en finir une fois pour toutes.

Monsieur Rideout, vous voulez commencer?

M. Rideout (Moncton): Si je comprends bien, nous devrions nous garder de trop compliquer les choses, afin de ne pas entraver la bonne marche de la réforme.

Est-ce que le Code criminel recodifié devrait contenir une déclaration de principes, à votre avis? Dans l'affirmative, quels devraient être ces principes?

Le juge Létourneau: J'hésiterais à inclure une déclaration de principes, et cela pour de nombreuses raisons; pourquoi, dans la partie générale, où il est question des principes généraux de la responsabilité pénale, pourquoi faudrait-il prévoir toute une série de déclarations d'ordre général qui feraient simplement double emploi ou iraient même parfois à l'encontre de certains de ces principes généraux? S'il n'y avait pas de partie générale, je pourrais concevoir une telle chose.

Je serais d'autant plus réticent à prévoir une telle déclaration de principes dans le contexte du code existant, qui est déjà un pot-pourri de dispositions en matière de droit positif, de procédure, de dispositions concernant la preuve. Il se pourrait que les principes que vous énonceriez en matière d'infractions substantielles ne s'appliquent pas aux dispositions concernant la preuve ou la procédure. Ainsi, nous savons que, quoi qu'en dise la Loi d'interprétation, l'interprétation de dispositions de fond en droit pénal doit être restrictive; vous pourriez préférer une interprétation libérale de la procédure afin de ne pas mettre en péril le procès. De cette façon, le procès aurait bel et bien lieu. Cependant, cela n'est pas possible dans le cas d'infractions substantielles.

[Text]

So if we are dealing with the Criminal Code here, which will contain the substantive offences and leave out the procedure and leave out the evidentiary provisions, then the existing Criminal Code doesn't need that, and therefore you will be working on a statement of purposes that would have to cover the three aspects. Then, I would suggest, you are going way beyond a general part relating to substantive offences.

The safest route would be, in the end when everything is finished or the last part is to be enacted, you might consider in those days having a statement of purposes. But there again my mind might change at that point. But I would have thought, as I said initially, that if you have the principles of criminal liability clearly set out and then the special parts which create the crimes implementing these principles of criminal liability, you don't need a statement of purposes.

Mr. Rideout: Should we as a committee look to a statement of purposes or principles, even if they're not going to be included as a guiding beacon as we embark on the challenge of trying to make recommendations, or should we allow that process to unfold and see whether there's a common thread in our principles afterwards?

Mr. Del Buono: On that, I think the August 1982 statement of purposes and principles that was prepared by the Criminal Law Review is a very useful touchstone. If you wish to consider and keep open the option of putting a statement of purpose and principles in a criminal code, I would ask witnesses who are appearing before you how they feel about the statement, which of these principles they support and which they don't. My suspicion is there would be a substantial agreement with respect to some of them and disagreement among others. But to my mind, if this exercise can be as principled as possible, it would make it more useful.

Mr. Rideout: I think that's where I'm coming from, too. If you do have that yardstick or that touchstone in which to look at all of the others, then it makes the task easier and it gives you your opening question.

Mr. Del Buono: Every time.

Mr. Rideout: So that's not a problem later on.

• 1650

Professor Patrick Fitzgerald (Principal Consultant, Law Reform Commission): I would rather support Mr. Justice Létourneau on that. I see no harm in using, as a touchstone, the purposes and principles Vince Del Buono mentioned; but I would stress very much that if at the end of the day you have an objects and purposes and principles chapter, then it's like the preface of a book—it has to be written after everything else is there.

Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): In his brief Mr. Del Buono mentioned the need to keep in mind voices of other groups, women and aboriginal groups and so on. How much of that is reflected in the Law Reform Commission report? What consideration was given to that? This is very interesting, but...

[Translation]

En procédant de la façon dont vous voulez procéder, vous sortez du cadre d'une partie générale en matière d'infractions substantielles.

La façon la plus sûre de procéder serait, après avoir terminé tout le travail, de prévoir une déclaration de principes. Cependant, il se pourrait que je change de point de vue à ce moment-là. Il me semble cependant que si les principes de responsabilité pénale sont clairement établis au départ dans la partie générale, les parties spéciales étant réservées pour les infractions proprement dites définies selon cette responsabilité pénale, il n'est pas nécessaire de prévoir une déclaration de principes.

M. Rideout: Le comité devrait-il élaborer une déclaration de principes, même si celle-ci ne nous sert pas de guide lorsque nous essayons de présenter nos recommandations? Ou plutôt devrions-nous laisser les choses se dérouler librement afin de voir par la suite s'il existe un fil conducteur?

M. Del Buono: À cet égard, j'estime que la déclaration de principes préparée en août 1982 par le groupe de révision du droit pénal pourrait être considérée comme une pierre de touche très utile. Si vous voulez vous réserver d'incorporer une déclaration de principes dans le Code criminel, à votre place, je demanderais aux témoins de préciser quels principes ils appuient ou rejettent. Je pense qu'ils ne seraient pas tous d'accord. De toute façon, plus votre étude sera structurée, plus elle sera utile.

Mr. Rideout: C'est précisément ce que je pense. S'il existe, ce principe directeur, ou cette pierre de touche, ou cette référence, facilite les choses et établit le cadre dans lequel poser des questions.

Mr. Del Buono: Certainement.

Mr. Rideout: Et cela ne pose pas de problème par la suite.

M. Patrick Fitzgerald (professeur, consultant principal, Commission de réforme du droit): Je suis d'accord avec ce que dit le juge Létourneau. Cela ne nuirait pas de se servir comme pierre de touche des principes dont a parlé M. Vince Del Buono; cependant, si, en fin de parcours, vous voulez inclure un chapitre sur les objectifs et principes du code, il faudrait procéder comme on le fait pour rédiger la préface d'un livre, c'est-à-dire rédiger cela lorsque tout a été écrit.

M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): Dans son mémoire, M. Del Buono mentionnait l'importance de garder à l'esprit le point de vue d'autres groupes, des femmes, des autochtones, etc.. Le rapport de la Commission de réforme du droit en fait-il était? Il s'agit là de quelque chose de très intéressant, mais...

[Texte]

Mr. Justice Létourneau: In the general part, in Report 31, dealing with the principles of criminal liability, I guess we took for granted that the principles of criminal liability should not change depending on your social status, the colour of your skin, or what not. What we're really dealing with here, and applying the principle of restraint, is the bottom line. The bottom line is that this ought not to be tolerated in our society.

I'll give you an example of restraint. For example, if you have the crime of harassment, then you could have harassment up to the point of threatening, frightening a person, or you could have a lower threshold of harassment up to the point of annoying someone. If you take the lower threshold, then you extend the scope of the criminal law. We asked that the criminal law be used with restraint. Then you would take the threshold as harassment up to the point of frightening a person. If you take that threshold, then it doesn't matter from what source it comes, because you've already used the criminal law with restraint and you've decided that this is the kind of act that you cannot tolerate in a democratic society.

Therefore I think these principles of criminal liability ought to apply across the board. It may be that when it comes to specific offences, which you'll find in the special parts, you might have some special rules; but, generally speaking, on the principles of criminal liability, they ought to apply to everyone.

Mr. Laporte: We're seeing incidents happening in this country. As its racial make-up changes and various ethnic groups develop—and it depends what part of the country you're in—we're having special problems. Mr. Del Buono, specifically with respect to the Law Reform Commission, do you see this as being sensitive? Are there areas of which we should be aware?

Mr. Del Buono: Codification tries to achieve a number of things. One of the great values of a codification is that it tries to be as consistent, as simple, and as principled as possible. You have to be sensitive to the values underlying the simplicity, the consistency, and whether those are really the values that are consistent with Canadians.

Any expert group in which the Law Reform Commission or the society has essentially been can only make recommendations to a parliamentary body like this. It really is important for you to hear the interests, the various people across the country, who are not legally trained primarily, who have some interest in what the values of a society are to be, and really to make sure that whatever comes out in terms of the general part is reflective of the plurality of views in the best way you can do it. That is fundamentally a political process. The experts can only guide you by giving you some general principles—that it should be as neat as possible; that it should be as consistent as possible; that it should be as principled as possible. But in terms of the fundamental values, that's a political process, and parliamentarians have to glean what the consensus is.

[Traduction]

Le juge Létourneau: En ce qui concerne la partie générale, le rapport numéro 31, qui porte sur les principes de la responsabilité pénale, tenait pour acquis que les principes de la responsabilité pénale ne devraient pas dépendre du statut social, de la couleur de la peau, etc.. Ce dont il s'agit ici, c'est véritablement d'appliquer le principe de la modération. Les comportements criminels, en fait, ne devraient pas être tolérés dans notre société. Ça, c'est le minimum auquel on doit s'attendre.

Je vais vous donner un exemple de ce que j'entends par modération. Dans le cas du délit de harcèlement, il pourrait s'agir simplement d'une menace, de faire peur à quelqu'un, ou il pourrait s'agir simplement, si l'on abaissait le seuil, d'ennuyer quelqu'un. Si l'on s'en tient à ce seuil le plus bas, on élargit la portée du droit criminel. Or, la commission a plaidé en faveur de la modération. Dans ce cas précis, le seuil en matière de harcèlement serait le fait de faire peur à quelqu'un. Dans une telle situation, peu importe la personne qui commet l'infraction, étant donné que le droit criminel doit être utilisé avec modération, on comprend que ce genre de comportement ne peut être toléré dans notre société démocratique.

Par conséquent, j'estime que ces principes de la responsabilité pénale devraient s'appliquer dans toutes les circonstances. Dans les parties spéciales, on peut prévoir des règles spéciales, mais dans la partie générale, qui porte sur les principes de la responsabilité pénale, ces principes devraient s'appliquer à tout le monde.

Mr. Laporte: La situation évolue dans notre pays, et les modifications raciales et ethniques de notre société amènent avec elles de nouveaux problèmes; cela dépend évidemment de la région du pays d'où l'on vient. Monsieur Del Buono, estimez-vous que c'est là un problème délicat? Y a-t-il des choses que nous devrions savoir?

Mr. Del Buono: Le but de la codification est multiple. Elle permet une plus grande cohérence et une plus grande simplicité parce qu'elle tient compte des grands principes. Il faut être sensible aux valeurs qui sous-tendent tout cela et voir s'il s'agit vraiment des valeurs chères aux Canadiens.

Des organismes comme la Commission de réforme du droit ou la société ne peuvent que présenter des recommandations à votre comité. Il est important que vous entendiez les voix différentes des habitants de notre pays; il faut que vous les entendiez parler des valeurs qu'ils veulent voir promouvoir pour vous assurer que la rédaction de la partie générale du code reflète la pluralité de notre pays de la meilleure façon possible. C'est un processus fondamentalement politique. Les spécialistes ne peuvent que vous rappeler la nécessité d'être net, précis, cohérent et respectueux de principes établis. Mais en termes de valeurs fondamentales, c'est un exercice politique, et c'est aux parlementaires de déterminer le consensus ambiant.

[Text]

[Translation]

• 1655

For instance, there is a provision in the code dealing with duties. The duties that are recommended are to provide necessities—this is what's proposed—to a spouse, a child under 18, other family members in the same household, and anyone under one's care. I think that probably reflects the general views of Canadians, but I'm not sure. I think that's a question that is fundamental and elemental in a certain way, but people can have different views. One of the values of this process is to see whether or not that's the correct statement of the values of Canadians.

There are other provisions, for instance, with respect of the protection of movable property. At the present time we have a general rule of policy that you cannot use deadly force to protect property. Is that correct? I suspect it still is correct. That's something we can give you the experts' opinion on, but the value is something that you have to choose, and you have to do that.

In respect of persons acting under legal authority, at the present time, if someone is a fugitive and is escaping arrest for any kind of an offence, a police officer can—and it doesn't happen very often—use deadly force to bring that person down. Is that the right rule? The commission and others have recommended that this rule be restricted. Is that correct in terms of the policy or not?

In respect of authority over children there is no specialty over this. At the present time teachers stand *in loco parentis* in respect of the correction of children and can use force for the correction of children. The commission has recommended that this be changed. Is that right? Is that consistent with the values of Canadians? I don't think I'm in any better position than anyone else in this country to comment on those.

Once you've made the decision, as a political and a parliamentary process, what those values are or what those values should be as reflected in the code, the codifiers can give you some guidance on how to achieve those purposes and best express those, but those choices are your choices.

Mr. Laporte: I think His Lordship had some comments.

Mr. Justice Létourneau: As I was concluding my remarks something crossed my mind. In a subsequent exercise we did review the Criminal Code and other related statutes to see to what extent they allow for a fair treatment and equality of access to members of multicultural groups and aboriginal people. In that analysis we found that very few provisions, for instance, of the Criminal Code openly discriminate against these people; it's more in the application of these provisions. There are a few where you might come across cultural differences and you might consider a cultural defence.

I'll give you a couple of examples. A good one would be possession of drugs. Some members of multicultural groups claim that under their religion they are entitled to possess and use some mild drugs. Obviously, if arrested they would be

Par exemple, il y a dans le code une disposition concernant les devoirs. Toute personne mariée est tenue légalement de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint, de ses enfants de moins de 18 ans, des autres membres de la famille habitant sous le même toit et de toute personne à sa charge. Je crois que les Canadiens estiment que c'est normal, mais je n'en suis pas sûr. D'une certaine manière, ce sont des principes fondamentaux et élémentaires, mais les points de vue peuvent diverger. Un des intérêts de cet exercice, c'est de déterminer si ce principe correspond véritablement aux valeurs partagées par les Canadiens.

Il y a d'autres dispositions, par exemple, concernant la protection des biens mobiliers. À l'heure actuelle, la règle générale interdit d'user de violence pouvant entraîner la mort pour protéger les biens. Est-ce normal? Je suppose que ce l'est toujours. Nous pouvons vous donner notre opinion d'experts, mais c'est à vous de déterminer cette valeur pour la société canadienne.

La loi donne le droit—rarement utilisé—d'user de force pouvant entraîner la mort en cas de refus d'obtempérer et de délit de fuite. Ce droit est-il juste? Notre commission et d'autres spécialistes ont recommandé de limiter ce droit. Avons-nous ou non raison?

Pour ce qui est de l'autorité sur les enfants, il n'y a pas de spécialité. Actuellement, les enseignants ont un droit de tutelle et peuvent corriger les enfants par la force. La commission a recommandé la modification de ce droit. Avons-nous raison? Cela correspond-il aux nouvelles valeurs des Canadiens? Je ne pense pas être mieux en mesure que quiconque pour le dire.

Une fois ces valeurs politiquement et démocratiquement établies, nous pouvons vous aider à les transposer au mieux dans le code, mais le choix de ces valeurs reste le vôtre.

M. Laporte: Je crois que son honneur veut ajouter quelque chose.

Le juge Létourneau: Alors que je terminais mon intervention, je me suis souvenu d'une petite chose. Lors d'un exercice subséquent, nous avons passé en revue le Code criminel et d'autres lois connexes pour déterminer s'ils offraient une égalité de traitement et d'accès aux membres des groupes multiculturels et aux autochtones. Cette analyse nous a permis de constater que, par exemple dans le Code criminel, il y avait fort peu de dispositions ouvertement discriminatoires envers ces membres de notre société. C'est plutôt au niveau de leur application qu'on peut parfois parler de discrimination. Il y en a quelques-unes qui achoppent sur les différences culturelles et qui pourraient être contestées sur ce plan.

Permettez-moi de vous citer quelques bon exemples. La possession de drogue. Certains membres de groupes multiculturels prétendent que leur religion leur permet de posséder et de consommer certaines drogues douces.

[Texte]

charged with possession of drugs. Then comes the question of discrimination. It's the same with possession of weapons. There are two options here at least. There is the issue whether you should have a general cultural defence, let's say, that on the basis of culture and religion or religious beliefs one should be exempted from the criminal law. That's quite a broad defence, and it leaves a lot of interpretation to the courts.

• 1700

The approach the Americans have taken on that is rather than allow for a general defence, cultural defence, they have worked by way of exemptions. If really, as a group, you want to be exempted from the application of a provision, you have to apply. Then there will be a decree exempting you from the application of that provision, but you have to meet a number of standards, and so on. It is an ad hoc adjudication on the requests that are made as opposed to having a broad cultural defence.

As far as substantive criminal law and the general part and things of that kind are concerned, that is probably the only thing we found in our review. There were other things. In procedure, for instance, we found that some of the Criminal Code procedures could be adjusted and ought to be adjusted to suit the needs of these people, but in terms of principles of liability there were very few.

Mr. Laporte: With respect to this exemption business you are saying that the code would take precedence, and if a particular group want to wear knives in their belts, or whatever, they would have to make an application to have a specific law passed by Parliament that would allow that act, or behaviour, or whatever it might be.

Mr. Justice Létourneau: I don't think the Americans have gone as far as new legislation. I would have to check, because it is some time since I last read that, but there was a procedure in legislation for exempting the application of some of the provisions on the basis of a number of standards. It then becomes a government decree to exempt these people from the application of provisions. I can't remember what the figures were, but there were very few applications, and very, very few that were granted. That might be a better approach than having a cultural defence generally stated.

That might be a question you could ask of the people who will appear before you, because you will remember in our proposals in Report 31 we had a provision allowing for judicial defences, for the creation of defences by the judiciary, because we felt that under the Charter there was a need for some flexibility. This is one you might decide to look at legislatively, and you might want to ask the question of those people.

Mr. Laporte: To change the thing a little bit, we are not dealing with sentencing here per se, but that always comes into play. With respect to intoxication the example has been given of someone becoming intoxicated and being responsible for the act because of their intoxication, and I am wondering what role should be played.

[Traduction]

Naturellement, en cas d'arrestation, ils sont inculpés de possession de drogue. Se pose alors cette question de discrimination. C'est la même chose pour la possession d'armes. En l'occurrence, il y a au moins deux options. Il pourrait y avoir un argument de culture générale autorisant des exemptions à la loi pour des raisons de culture, de religion ou de croyances religieuses. C'est une option très vaste et prêtant le flanc à de très nombreuses interprétations par les tribunaux.

À l'argument de défense générale, de défense culturelle, les Américains ont préféré les exemptions. Quand un groupe veut réellement être exempté de l'application d'une disposition de la loi, il faut qu'il en fasse la demande. Un décret d'exemption est alors publié, mais il y a toute une série de normes à respecter. C'est donc une méthode ponctuelle, par opposition à un argument général de défense culturelle.

Sur le fond, c'est probablement la seule chose que nous a permis de découvrir cet examen. Il y avait d'autres choses. Nous avons constaté, par exemple, que certaines des procédures du Code criminel pourraient ou devraient être ajustées pour correspondre aux besoins de ces gens, mais, sur le plan des principes de responsabilité, il y en avait très peu.

M. Laporte: Si j'ai bien compris, dans ces cas d'exemption, le code continuerait à avoir force de loi et si les membres d'un groupe particulier souhaitaient pouvoir porter leur couteau à la ceinture, par exemple, il leur faudrait faire une demande pour qu'une loi adoptée par le Parlement les y autorise.

Le juge Létourneau: Je ne pense pas que les Américains aient été jusqu'à adopter des lois. Il faudrait que je vérifie, car cela fait un certain temps que j'ai lu ce document, mais je crois qu'il y avait une procédure législative pour les exemptions d'application de certaines dispositions sur la base d'un certain nombre de normes. Ces exemptions faisaient alors l'objet d'un décret gouvernemental. Je ne me souviens pas des chiffres, mais il y a très peu de demandes, et encore moins d'exemptions ainsi accordées. Ce pourrait être une meilleure méthode que cet argument de défense culturelle généralement proposé.

Vous pourriez poser la question aux témoins que vous entendrez, car vous vous souviendrez que nos propositions du rapport numéro 31 contenaient une disposition autorisant les défenses judiciaires, la création de défenses par le judiciaire, parce que nous estimions que la Charte nous imposait la nécessité d'une certaine souplesse. Vous pourriez peut-être envisager la chose du point de vue législatif, ou vous pourriez poser la question à ces témoins.

Mr. Laporte: Nous ne nous intéressons pas aux sentences en tant que telles, bien qu'on ne puisse ignorer l'importance de leur rôle. On nous a cité l'exemple d'inculpés intoxiqués au moment de l'acte et jugés responsables de leur intoxication. Je me demande quel poids donner à cette intoxication.

[Text]

There is consideration to be made if someone has a chronic drinking problem, which is habitual, or a disease, there is always an onus on a person to seek help and so on. Certainly the purpose of our penal system is to reform people and not to punish them necessarily. How does that come into play in this section on intoxication?

If you have somebody in front of you who is convicted of such a charge, it seems to me there is an argument to be made that the person should not be sentenced in the same way as someone who goes out and purposely breaks and enters, as opposed to someone who goes out and drinks, even if he knows by drinking he may cause some criminal act. But if it is considered to be a disease or something that he cannot prevent, that has to be taken into consideration. Does that sort of thinking have any role in this general part?

Mr. Justice Létourneau: Let me say something, and Vince can add to it if he wants. In relation to this criminal intoxication offence you will see that in Report 31—this is one of the issues obviously that will be pressed upon you—

Mr. Laporte: Yes, I have it in front of me.

Mr. Justice Létourneau: —it deals with the principles of liability. It leaves aside the sentencing, and I'll come to answer your question.

• 1705

The advantage of having—and it will be useful at the sentencing level as well—a crime of criminal intoxication, as I said earlier, is that one will be liable for what one did being criminally intoxicated and committing some offences as a result. If you single out that offence as opposed to being guilty of robbery, if you single out the crime of criminal intoxication, then you can adjust the penalty according to the gravity of the behaviour that resulted from the state of intoxication.

If you work the other way around, as the criminal law actually does, you have to find the guy guilty of robbery or you have to find that he's a thief. We all agree that he couldn't even remember that he stole something. But still you have to label him as a thief. Then you have to work with the penalty that is applicable to theft. While, if you work it the other way around, criminal intoxication leading to theft, then you can have a penalty suited for the state of criminal intoxication. It gives you more flexibility, because it labels the accused for what he is and for what he was, a person who was drunk and who had anti-social behaviour. Then you can work on the penalty.

Let me just say before I forget that the penalty could be detoxification or treatment in centres. It would be easier to apply, because you're not dealing with a robber, you're dealing with a person who was intoxicated up to a point where he has anti-social behaviour. It's easier to work from that premise than to say that I have a robber here. He's been convicted for robbery, but actually he's not a robber, he's a drunkard.

Mr. Del Buono: I think this whole area of drunkenness is one of the most difficult you'll have to deal with. I think the difficulty is that the law is complex and confused because there are competing policy issues here.

[Translation]

Si une personne a un problème chronique d'alcoolisme, c'est une maladie, et elle a la responsabilité de se faire soigner. L'objet de notre système pénal est de réformer les gens, et non pas forcément de les punir. Quel poids doit-on accorder à cette intoxication?

Il me semble que dans un tel cas, ce coupable, même s'il sait qu'en buvant il risque de se livrer à un acte criminel, ne devrait pas être condamné de la même manière que le coupable sobre et conscient d'un vol avec effraction. Si le coupable est malade ou ne peut s'empêcher d'agir, il faut en tenir compte. Le faites-vous dans cette partie générale?

Le juge Létourneau: Laissez-moi dire un mot, puis Vince poursuivra s'il le souhaite. Dans le rapport numéro 31, le délit d'intoxication criminelle—it est évident que c'est une des questions sur lesquelles on insistera beaucoup... .

M. Laporte: Je l'ai.

Le juge Létourneau: ...concerne les principes de responsabilité. La question de la détermination de la peine est à part. Je reviendrai à votre question.

L'avantage d'avoir un crime d'intoxication criminelle—cela vaut également pour la détermination de la peine—est, comme je l'ai dit plus tôt, qu'il est alors possible de rendre responsable de ses actes quelqu'un qui, quand il était intoxiqué, a commis des infractions. Distinguer le crime d'intoxication criminelle du crime de vol qualifié, par exemple, permet d'ajuster la peine à la gravité du comportement qui a résulté de l'état d'intoxication.

Si vous procédez à l'envers, comme le fait le droit pénal actuellement, vous devez trouver la personne coupable de vol qualifié ou établir qu'elle a volé. Tout le monde est d'accord pour dire qu'elle ne peut pas se souvenir de ce qu'elle a fait. Cependant, vous devez lui accorder l'étiquette de voleur. Ensuite, vous devez envisager une peine applicable au vol. Si vous suivez la démarche contraire, si vous partez de l'intoxication criminelle qui mène au vol, vous pouvez donner une peine adaptée à l'état d'intoxication criminelle. Vous avez plus de souplesse, parce que vous pouvez donner à l'accusé l'étiquette qui lui convient, c'est-à-dire celle d'une personne ivre qui avait un comportement antisocial. À partir de là, vous pouvez établir la peine.

J'ajoute que la peine pourrait prendre la forme d'une désintoxication ou d'un traitement en institution. Elle pourrait être imposée plus facilement, parce que vous ne seriez pas en présence d'un voleur, mais d'une personne qui aurait eu un comportement antisocial alors qu'elle était intoxiquée. Il est plus facile de travailler avec une personne ivre qu'avec un voleur. Elle a pu commettre un vol qualifié, mais en réalité son problème était l'ivresse.

M. Del Buono: La question de l'ivresse est l'une des plus difficiles qui soit. Comme les politiques sont contradictoires à cet égard, la loi est complexe et confuse.

[Texte]

I think there is substantial evidence that the majority of people—and this is a large majority of people—who commit violent offences do so either while drunk or, more likely now, on drugs. One of the problems the criminal law has had to struggle with is that their law with respect to intoxication, which includes drunkenness and drugs, was made up by the House of Lords in 1920. We've been following that as a matter of precedence since that time.

I think it is extremely important, and one of the contributions this committee could make is in fact to hear the views of Canadians with respect to how tolerant they are of people committing offences while on drugs or drunk. I think generally attitudes around the world have changed and become much less tolerant of the fact that people can commit offences and be in some ways partially excused—sometimes from the most serious kinds of violent offences—because they were on drugs or because they were drunk. I think that is something that is a policy issue.

We can show you all of the variations on that, but the fundamental policy of where Canadians stand as a society with respect to their tolerance of this kind of thing, when its coupled with so much with violence, is something you're going to have to consider. Once you've done that, I think that members of the Department of Justice, obviously, or others in this country can give you advice on the formulations, but the policy we just don't have. We've never had a political direction on what the limits of toleration are in this area.

Mr. Laporte: It's an interesting area. There has been no mention of it and I haven't read anything on it. There's also the question of liability on people, for example, in a bar who are serving those drinks to that individual. What role should that play? How far back in the chain do you go on this sort of thing? What consideration should be given to that?

• 1710

Prof. Fitzgerald: That's a difficult question, because the further back you go the more the chain of causation gets doubtful. I think, in keeping with the doctrine of restraint, one has to be very careful there. I would say in defence of the positions put forward in this document, the most important thing, as Mr. Del Buono says, is to get straight the central thing about intoxication. Only after that's clarified can we think of the more marginal questions, which I agree are important. Civil law has of course been developing in that direction.

Could I say something else, though, to go back to your earlier question about being sensitive to different groups. I want to talk for a minute about the women's groups. While it may not appear from this document, which is about the general part, that there was much specific sensitivity to women's perspectives, it was the fact, however, that early on the commission received briefs on the whole criminal law from women's groups which were very helpful and very important. Indeed, later they consulted with women and had a very important consultation on matters that are really in the special part, such as sex offences, pornography, and prostitution. That was a paper that didn't come out, for various reasons.

[Traduction]

Il y a tout lieu de croire que la majorité des gens—la grande majorité des gens—qui commettent des crimes avec violence le font sous l'influence de l'alcool ou, ce qui est plus courant maintenant, des drogues. Le problème auquel fait face le droit pénal, entre autres, est que la loi concernant l'intoxication, par l'alcool et les drogues, a été rédigée par la Chambre des Lords en 1920. Nous suivons les précédents établis depuis ce temps.

Il est extrêmement important, et c'est une des contributions possibles de ce comité, que les Canadiens se prononcent sur le degré de tolérance dont ils sont prêts à faire preuve vis-à-vis des gens qui commettent des infractions sous l'effet de l'alcool ou des drogues. De façon générale, l'opinion publique un peu partout dans le monde en est venue à être beaucoup moins tolérante face aux gens qui commettent des infractions—parfois avec la plus grande violence—and qui en sont partiellement excusés du fait qu'ils avaient consommé des drogues ou étaient ivres. Cependant, c'est une question qui concerne le gouvernement.

Nous pourrions en discuter en détail avec vous, mais vous devez voir dans quelle mesure les Canadiens sont prêts à accepter cette situation au niveau des principes, surtout lorsqu'elle donne lieu à autant de violence. Une fois que vous aurez procédé à cette consultation, les fonctionnaires du ministère de la Justice et d'autres pourront vous aider à trouver les formules nécessaires. Nous ne pouvons pas établir les principes nous-mêmes et nous n'avons jamais eu d'indications du gouvernement en ce qui concerne les limites de la tolérance qui doivent s'appliquer dans cette situation.

M. Laporte: C'est un sujet intéressant. Il n'en est guère fait mention dans les journaux, ou, du moins, je n'ai rien vu. Il y a également la question des responsabilités des serveurs dans les bars. Quel rôle jouent-ils? Jusqu'où êtes-vous prêt à remonter dans la chaîne? Est-ce un facteur?

M. Fitzgerald: La question est complexe. Plus vous remontez dans la chaîne causale, plus elle devient difficile à établir. Il faut faire ici preuve de prudence. En ce qui concerne les positions prises dans ce document, je dirais, comme M. Del Buono, que ce qui compte, c'est la politique sous-jacente. Ce n'est qu'une fois que la politique sur l'intoxication sera précisée que nous pourrons faire avancer les autres questions, si importantes soient-elles. C'est la façon dont s'est développé le droit civil.

J'aimerais maintenant revenir à votre question antérieure au sujet des divers groupes qu'il faut prendre en considération. Je songe en particulier aux groupes de femmes. Ce n'est peut-être pas évident dans ce document, qui concerne la partie générale, mais une grande attention a été portée au point de vue des femmes; au tout début de ses travaux sur le droit pénal, la commission a reçu de nombreux mémoires de groupes de femmes, lesquels se sont révélés fort utiles. Par la suite, les femmes ont été de nouveau consultées sur des questions importantes qui se retrouvent dans les parties spéciales, les infractions sexuelles, la pornographie et la prostitution, par exemple. Pour diverses raisons, il n'y a pas eu de documents sur ces questions.

[Text]

I would urge this committee that when you are going through this document and looking at it in detail, you focus on—I'll mention just a few of the items—defence of the person, necessity, and duress. Those are the main three. Those are topics on which I hope this committee would particularly be seeking the views of women—also, choice of lesser evil and excessive force in self-defence. But the main ones are defence of the person, necessity, and duress. On some of these there have been recent case-law decisions.

The Chairman: I wanted to seek your advice on one area. A legislative committee of Parliament recently dealt with Bill C-49 and it had to face this question of honest but mistaken belief. It really did raise a lot of issues as between men and women and as between defence counsel and ordinary citizens looking at it, wondering very much why an accused, particularly in the area of sexual assault...where there's a finding that the accused did not have consent but then had a second defence of an honest but mistaken belief. I can tell you, that caused a lot of anger and was a lot of trouble for the committee. Ultimately it came down and put on the accused an evidentiary burden of having had to take reasonable steps—not all reasonable steps, but reasonable steps. Just off the top of your heads, would you think that was a pretty good compromise they came up with?

Mr. Rideout: Yes or no.

Mr. Justice Létourneau: Yes. I think it was along these lines that our document on sexual offences was heading anyway. So I think it's a good compromise.

This raises an interesting question, though, in relation to the general part, where you will have to be dealing with these issues of mistake, the basic principle being that it doesn't have to be a reasonable mistake, it has to be an honest mistake. The fact that in relation to some specific offences you might have a departure from the general principles should not deter you from looking at the general principles and should not make you alter the basic principles. It's easier to draft an exception in relation to sexual offences, for instance, which would have application only in the context of sexual offences.

You don't want the whole of the criminal law to be driven by a reasonable mistake, or by reasonable steps being taken to avoid a mistake. You want a general principle to be that it is an honest mistake. But when you come to a special part, like sexual offences, you might have an exception to the general principles.

• 1715

I am glad you raised that. We were struggling with the same issues when we dealt with the general part in Report 31. We knew when we came to sexual offences we would have to devise a notion of mistake and consent that might be slightly different from the basic principles but would have a narrow scope of application in terms of the whole code.

The Chairman: Mr. Del Buono, do you have any advice for the committee? It really was a tough issue for the legislative committee.

[Translation]

J'incite le comité, lorsqu'il examinera ce document en détail, à prêter une attention particulière—je ne mentionnerai que quelques-unes des questions—à la défense de la personne, à la nécessité et à la contrainte. Ce sont les trois principales. Le comité voudra sûrement connaître l'opinion des femmes à ce sujet—de même qu'en ce qui concerne le choix entre deux maux et l'utilisation d'une force excessive lorsqu'une personne est en état de légitime défense. Cependant, les questions-clés sont la défense de la personne, la nécessité et la contrainte. Il y a eu à cet égard des jugements récents qui ont fait jurisprudence.

Le président: J'aimerais avoir votre opinion sur une question en particulier. Un comité législatif a récemment examiné le projet de loi C-49 et a été confronté à la question de la croyance sincère mais erronée. Il y a eu tout un débat, impliquant les hommes comme les femmes, les avocats comme les citoyens, au sujet de la croyance sincère mais erronée comme deuxième moyen de défense, surtout en cas d'agression sexuelle, lorsqu'il a été établi au préalable que l'accusé n'avait pas le consentement de la victime. La question a causé beaucoup de ressentiment, et aussi beaucoup de problèmes au comité. Il a finalement été décidé que l'accusé devrait prouver qu'il avait pris des mesures raisonnables—non pas toutes les mesures raisonnables—pour s'assurer du consentement de la victime. À votre avis, a-t-on trouvé là un compromis acceptable?

M. Rideout: Oui ou non.

Le juge Létourneau: Oui. Je pense que notre document sur les infractions sexuelles allait dans le même sens.

Le compromis soulève cependant une autre question intéressante. Elle concerne la partie générale et a trait à l'erreur. Le principe de base est qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une erreur raisonnable, mais une erreur de bonne foi. Il y a peut-être des infractions qui dérogent quelque peu aux principes généraux, mais vous ne devez pas pour autant abandonner ces principes. Il est plus facile de prévoir des exceptions, dans le cas des infractions sexuelles, par exemple.

Vous ne voulez quand même pas que le droit pénal se fonde sur le principe de l'erreur raisonnable, où des mesures raisonnables à prendre pour éviter l'erreur. Vous voulez un principe général selon lequel l'erreur doit être de bonne foi. Mais pour certaines parties, comme les délits sexuels, on pourrait prévoir une exception aux principes généraux.

Je suis heureux que vous ayez soulevé cette question. Quand nous nous sommes penchés sur la partie générale dans le Rapport 31, nous nous sommes posé les mêmes questions. Nous savions qu'en ce qui concerne les délits sexuels, il faudrait trouver une notion d'erreur et de consentement, une notion un peu différente des principes fondamentaux mais avec un champ d'application étroit par rapport à l'ensemble du code.

Le président: Monsieur Del Buono, vous avez des conseils à donner au comité? Pour le comité législatif, cela a été un gros problème.

[Texte]

Mr. Del Buono: Let me simply say that I think these are going to be the kinds of tough issues you are going to have to deal with. It is a parliamentary process that will lead to the compromises.

The example you give illustrates that these rules, although they may appear to be rules in abstract, have practical applications, and they will in fact inform people's conduct or at least how people judge other people's conduct. So from that point of view, the rules you devise, you have to be sensitive to the effects of any of the rules and their application whenever formulating them and test them against how they are going to impact on various groups.

The Chairman: The other point I wanted to take up with you is the question of entrapment. I know the Law Reform Commission is recommending that it be dealt with under a new code of criminal procedure and not in the general part. Just from my knowledge of Members of Parliament, there is an enormous anger out there at that whole concept of entrapment, I suppose because some of them feel they have been pretty close to the iron. Is it still your advice to us today that we should stay out of that in terms of general principles and leave that for some future Parliament?

Mr. Del Buono: This is one where reasonable people can differ in terms of that. The issue is a very difficult one, and it really is fundamentally, at the bottom, a moral issue. It is to what extent a moral and political issue, to what extent do you want the state to actively create situations which allow people who are vulnerable to committing criminal acts to do so. That is a real policy issue.

There are some considerations, technical and legal considerations, of whether you put it in the general part and you answer it there or you make it a procedural defence. But I think the fundamental policy is still something that if you can give direction on, that would be extremely useful.

The Chairman: What would be the guideline in terms of the general principle, that the state can do A, B, and C but should not go beyond D in terms of entrapment, setting up situations that would entice people? The enticement would be so great that a certain percentage of your population succumb just simply because the enticement is too high.

Mr. Del Buono: That is right. Where that line is drawn and how that line is drawn is absolutely critical. If you take the view there are certain situations the police can in fact create by which certain people will commit criminal acts... The level of pressure to commit those criminal acts is really what the discussions of entrapment focus on.

Where the police simply create the situation and do no more and the person would have done it in any event and the situation simply gives the person an occasion to do it or an opportunity to do it, then I think from a policy point of view very few people have difficulty with that. Where the police actively solicit someone to commit a criminal act who otherwise would never have committed it, I think from a policy point of view everybody believes that is beyond the

[Traduction]

Mr. Del Buono: Je peux vous dire qu'à mon avis, ce sont là des questions très difficiles auxquelles vous allez devoir vous attaquer. C'est un processus parlementaire qui devra conduire à des compromis.

L'exemple que vous avez cité démontre que ces règles, qui à première vue peuvent sembler assez abstraites, n'en n'ont pas moins des applications pratiques pour le comportement des gens ou, du moins, pour la façon dont les gens jugent le comportement des autres. De ce point de vue-là, donc, vous devez tenir compte des répercussions des règles que vous adoptez et vous devez vous demander comment ces règles et leur application affecteront divers groupes.

Le président: J'aimerais discuter avec vous d'une autre question, le problème de la provocation policière. Je sais que la Commission de réforme du droit recommande l'adoption d'un nouveau code de procédure criminelle et préfère que cela ne figure pas dans la partie générale. D'après ce que m'ont dit certains députés, je sais qu'ils éprouvent un fort sentiment de colère face à ce concept de la provocation policière, probablement parce que certains d'entre eux se sont approchés des flammes suffisamment pour en sentir la chaleur. Vous continuez à penser que nous devrions éviter de remettre en question ces principes généraux et attendre qu'un Parlement futur s'en occupe?

Mr. Del Buono: Voilà un cas où des gens raisonnables peuvent n'être pas d'accord. C'est un problème très difficile et, en fin de compte, c'est une affaire morale. En effet, il s'agit de se demander dans quelle mesure on souhaite que l'État crée des situations artificielles pour inciter des individus qui sont vulnérables à commettre des actes criminels. C'est véritablement une affaire de politique.

Certaines considérations entrent en ligne de compte, des considérations techniques et juridiques, et la question de savoir si ces dispositions doivent figurer dans la partie générale ou bien s'il est préférable d'agir sur le plan de la procédure. Cela dit, si vous pouviez donner des directives sur le plan de la politique fondamentale, cela pourrait être extrêmement utile.

Le président: Quel genre de directives envisagez-vous sur le plan des principes? Voulez-vous par exemple que, dans le domaine de la provocation policière, l'État puisse aller jusqu'à A, B et C mais qu'il ne dépasse pas D? Si la provocation est poussée trop loin, un pourcentage important de la population pourrait de ce simple fait succomber.

Mr. Del Buono: C'est exact. Jusqu'où faut-il aller, où faut-il tirer la ligne, c'est une question critique. Si vous considérez que la police peut créer des situations qui incitent les gens à commettre des actes criminels... La question est véritablement de savoir jusqu'où cette incitation peut aller.

Si la police se contente de créer une situation sans aller plus loin, si bien qu'elle donne à une personne l'occasion de commettre un crime qu'elle aurait commis de toute façon, je pense que très peu de gens s'opposeraient à ce genre de choses. Par contre, si la police encourage activement quelqu'un à commettre un acte criminel qu'il n'aurait pas commis autrement, sur le plan de la politique, c'est une chose à laquelle tout le monde s'oppose. C'est le juste milieu

[Text]

pale. It is the in-between that really is the difficulty. And the in-between is a combination of the factors of how serious the offence is, who the person is, which I think is always the case—who the person is in the sense of are they a known crime figure who goes through this—are they in fact someone who is in a position of trust. All of these are factors that go into the equation. Where you draw the line will be in the end somewhat arbitrary, but it is a policy choice.

[Translation]

qui est difficile à déterminer. Et ce juste milieu est une combinaison de facteurs qui dépendent de la gravité du délit, de l'identité de la personne en cause, qui entre toujours en ligne de compte—il peut s'agir d'un criminel connu ou encore d'une personne qui occupe un poste de confiance. Tous ces facteurs entrent dans l'équation. Jusqu'où faut-il aller? En fin de compte, cela sera forcément arbitraire, mais c'est une décision sur le plan de la politique.

• 1720

Mr. Justice Létourneau: You can look at the issue of entrapment in at least two ways. One is a *mens rea* issue, by which you say that the offender lacked the *mens rea* to commit the offence and therefore it becomes a principle of criminal liability. Or you can look at it as a procedural issue, as being an abuse of process—the police officer abusing the normal process and therefore setting a trap for the accused.

The Supreme Court of Canada has looked at it and decided that it is an abuse of process. In a couple of recent cases they have criticized the American approach of looking at it from a *mens rea* point of view, so they have made it an abuse of process. It is one instance of an abuse of process. Just as the Crown can abuse the process, so can the police, by making false arrests, by setting up a trap, or by other kinds of behaviour. So they have made it a somewhat procedural issue. I can't remember what the flaws were with the American approach as it related to *mens rea*, but I remember that the court moved away from that.

So you might have to take a look at these cases and decide whether you will make it part of the *mens rea*. If you decided legislatively that it is a matter of the offender lacking the requisite *mens rea*, then you could make it part of the general principles of criminal liability. I am just stating this morning that the courts have gone the other way.

The Chairman: Our researcher, Mr. Phil Rosen, who has worked for many years on the criminal justice issues in the Standing Committee on Justice, would like to put a question in an important area.

Mr. Philip Rosen (Committee Researcher): One of the underlying tensions in this area is the desire to be comprehensive and all-inclusive and the necessity to allow for continued growth in the law; in essence, almost a contradiction between the civilian approach and the common-law approach to law reform. I wonder if, in the view of the Law Reform Commission, it would be desirable in the recodification exercise to allow for the continued growth of the common law, for example, in relation to defences. Also, I wonder if Mr. Del Buono could tell us what the position is in other jurisdictions.

Le juge Létourneau: On peut aborder le problème de la provocation policière de deux façons différentes. On peut considérer que c'est une affaire d'intention coupable, c'est-à-dire que le délinquant n'avait pas l'intention coupable nécessaire pour commettre le délit, et, par conséquent, cela devient un principe de responsabilité criminelle. On peut également considérer que c'est une question de procédure, un abus sur le plan de la procédure lorsqu'un agent de police, outrepassant les règles de la procédure normale, tend un piège à l'accusé.

La Cour suprême du Canada a étudié la question et conclu qu'il s'agissait d'un abus sur le plan de la procédure. Dans deux affaires récentes, la Cour a critiqué la position américaine, qui consiste à considérer que c'est une affaire d'intention coupable. De son côté, elle considère qu'il s'agit d'un abus sur le plan de la procédure. La Couronne peut abuser du système, la police également, en procédant à des arrestations illégales, en tendant des pièges ou en employant d'autres méthodes. La Cour a donc décidé que cela relevait de la procédure. Je ne me souviens pas de ce qu'on reprochait à la démarche américaine fondée sur l'intention coupable, mais je me souviens que la Cour a refusé d'adopter cette position.

Vous pourriez donc étudier ces affaires et vous demander s'il convient d'en faire une question d'intention coupable. Si vous décidez sur le plan législatif que l'important est de déterminer si le délinquant n'avait pas l'intention coupable nécessaire, vous pourriez en faire un principe général de responsabilité criminelle. Je vous explique simplement que les tribunaux ont choisi l'autre voie.

Le président: Notre attaché de recherche, M. Phil Rosen, qui a étudié des questions de justice pénale pendant de nombreuses années pour le compte du Comité permanent de la justice, a une question à poser sur un sujet important.

M. Philip Rosen (attaché de recherche du Comité): Un des problèmes dans ce domaine, c'est qu'on cherche à tout prévoir, à être parfaitement exhaustif, mais en même temps, il faut garder une certaine marge car le droit se développe en permanence. En ce qui concerne la réforme du droit, il y a donc une quasi-contradiction entre la démarche du code civil et la démarche de la commonlaw. Je me demande si la Commission de réforme du droit jugerait souhaitable, dans le cadre de cette recodification, de garder une certaine marge pour permettre à la common law de continuer de se développer, par exemple en ce qui concerne les défenses. D'autre part, est-ce que M. Del Buono pourrait nous dire quelle est la situation dans d'autres pays?

[Texte]

Secondly, I wonder if you could develop or identify some issues that are perhaps in the early stages of germination, specific types of defences that would be allowed to grow by allowing this kind of a growth provision in the recodification exercise.

Prof. Fitzgerald: On the more general point, I agree that there is a need to be comprehensive but a need not to stifle development, and it does look as if these conflict with each other.

The commission wrestled for a long time with the question of whether it should just have a list of defences and then a residual clause on any other defence that seems just. In the end, the commission decided it needn't do that, because it will always be open to the courts—and no criminal code can take this away now—to develop a new defence if it is required by the principles laid down in the Charter.

If we become aware, say in ten years' time, of a new phenomenon, and we realize this affects people and reduces their responsibility but it has never been codified or worked out by case law, and there is scientific evidence that this is so, then courts could act upon that, and I think would have to in the light of the Charter. So that is why the Law Reform Commission didn't put in any residual thing to allow for that. It is already a possibility in the law.

Mr. Del Buono: I think in other jurisdictions, as desirable as it would be to codify existing defences after they develop, with respect to defences it has to be an open-ended system where defences can evolve over time as new information comes about. Having said that, the courts are reluctant to create new defences, so I am not concerned about the fact that the defences have to be entirely and exhaustively codified. The rule is: codify what is agreed upon and leave it at that, with the recognition that it will continue to grow.

[Traduction]

Deuxièmement, pourriez-vous nous citer certains types de défense précis qui, dans certains cas, commencent peut-être tout juste à prendre forme, des types de défense qui pourraient se développer grâce à une disposition spéciale qui permettrait ce genre d'expansion.

M. Fitzgerald: En ce qui concerne votre question générale, je reconnais qu'il est important d'être exhaustif, mais sans pour autant étouffer le développement. Il n'y a pas de raison pour que ces deux notions entrent en conflit.

La commission s'est longuement interrogée sur la question de savoir s'il fallait dresser une liste des défenses pour ajouter ensuite une clause résiduelle permettant, le cas échéant, de faire place à d'autres types de défense. En fin de compte, la commission a décidé que cela n'était pas nécessaire car les tribunaux auront toujours la possibilité—dorénavant aucun code criminel ne pourra leur enlever ce pouvoir—de créer un nouveau type de défense si cela s'avère nécessaire à la lumière des principes qui figurent dans la Charte.

Si dans dix ans, nous nous apercevons qu'un nouveau phénomène se développe, si nous nous rendons compte que cela a une incidence sur les gens, que cela réduit leur responsabilité sans avoir jamais été codifié ou sans avoir jamais fait l'objet d'un précédent, s'il existe des preuves scientifiques de l'existence de ce phénomène, les tribunaux pourront toujours prendre des mesures, et ils y seront d'ailleurs forcés par la Charte. Voilà pourquoi la Commission de réforme du droit a conclu qu'une disposition résiduelle n'était pas nécessaire car cette possibilité existe déjà dans la loi.

M. Del Buono: Pour souhaitable qu'il soit de codifier les défenses au fur et à mesure qu'elles se concrétisent, je crois qu'il y a des pays où le système reste souple, où il est possible de faire place à de nouveaux types de défense au fur et à mesure que de nouvelles informations se présentent. Cela étant dit, les tribunaux hésitent toujours à créer de nouvelles défenses et, pour cette raison, je ne m'inquiète pas trop à l'idée que les défenses doivent être codifiées de façon exhaustive. La règle est de codifier les défenses sur lesquelles on se met d'accord, sans plus, en acceptant que c'est un domaine qui continue à prendre de l'expansion.

• 1725

Mr. Rosen: I'd like to ask a question on another issue. There's now a case before the Supreme Court of Canada dealing with automatism, a case from Ontario. I'm wondering if you could tell us whether you feel the defence of automatism should be codified in a recodified general part, and do you make a distinction between different types of automatism, and if you do, what is the distinction?

Prof. Fitzgerald: We in the commission saw automatism as part of a lack of an *actus reus*. So in the report lack of the physical element, which is the same as automatism, is dealt with there.

M. Rosen: J'aimerais poser une question sur un autre sujet. La Cour suprême du Canada entend à l'heure actuelle une cause relative à l'automatisme, une cause de l'Ontario. Pouvez-vous nous dire si vous croyez que l'automatisme comme moyen de défense devrait être inclus dans la partie générale recodifiée et si vous faites des distinctions entre différents types d'automatisme, et, dans l'affirmative, lesquels?

M. Fitzgerald: À la commission, nous avons défini l'automatisme comme l'absence d'*actus reus*. C'est donc dans cette partie du rapport que nous traitons de l'absence d'élément matériel, qui est la même chose que l'automatisme.

[Text]

Again, at different times the commission did have a separate defence of automatism. But it seemed confusing to deal with it in two places. It was not my act because I was stung by a bee or because I was hypnotized or I was sleep-walking is really centrally a lack of *actus reus*, lack of a physical element. That's where I would see it should go.

That's not to say it's not taken care of. I think it is taken care of, exactly there.

Mr. Rosen: I wonder if Mr. Del Buono is able to tell us how it's dealt with in other jurisdictions.

Mr. Del Buono: I think automatism is going to be a difficult one. It is going to be one in which you simply say it's a *mens rea* element. But if you wish to codify, or at least to give policy direction on certain limitations on the use of the defence, then you have to articulate it. The real question is going to be whether you think legislative policy direction should be given on that. At the end of the day you will probably come to the conclusion that the answer is yes. Therefore you would have to make it into a separate defence under the code. These are very fine points of policy, I think, more than drafting.

Otherwise, the defence of automatism stays at it is in common law, which means it continues to evolve as the judges see it. Again, if you wish to set the parameters legislatively, then you're going to have to legislate the defence.

Mr. Rideout: In looking at the general part, we're getting pulled and pushed with things we should put into the general part or not, going anywhere from euthanasia all the way down to corporate liability and causation. Do you have any comments on what boundaries or curb lines we should put in, at least as far as the general part is concerned?

Mr. Del Buono: My own sense is that the framework document is a really useful guide to the kinds of issues before you at present.

Your question reminded me to pick up on a comment Mr. Rosen made. I think the whole question of corporate criminal liability is one of the areas emerging as very important areas of both intellectual and criminal law development in the next few years. It's being driven in part in places such as Australia by the need to respond to ecological disasters and ecological harms. The Australian Parliament in 1988 passed what is called the Ozone Act... which is perceived as being a very particular threat in the southern hemisphere. It's quasi-criminal legislation, but it's an environmental act. It has a new provision on the corporate criminal liability in which there is no need any longer under that statute to find a specific individual who had a guilty mind in order to attribute criminal liability to the corporation. What you can do is aggregate the corporation's conduct and attribute to it a corporate guilty mind without necessarily attributing a guilty

[Translation]

Encore une fois, à certains moments, la commission a reconnu l'automatisme comme un moyen de défense distinct. Mais il nous a semblé qu'en le mentionnant à deux endroits différents, nous ne ferions que semer la confusion. Lorsqu'une personne affirme qu'elle n'est pas responsable de ses actes parce qu'elle a été piquée par une abeille ou qu'elle a été hypnotisée ou qu'elle était somnambule, elle invoque essentiellement l'absence d'*actus reus*, l'absence d'élément matériel. Et, d'après moi, c'est là qu'on doit l'insérer.

Je ne veux pas dire par là que cette question n'a pas été traitée. Elle a été traitée, justement dans cette partie.

M. Rosen: Je me demande si M. Del Buono pourrait nous dire comment on traite cette question dans d'autres pays.

M. Del Buono: Je pense que l'automatisme sera une question difficile à régler. Vous pouvez dire tout simplement qu'il s'agit de *mens rea*, ou élément mental. Mais si vous voulez codifier, ou à tout le moins donner des directives quant aux limites imposées à l'utilisation de ce moyen de défense, vous devrez le formuler. La véritable question que vous aurez à vous poser sera de savoir s'il convient de donner des directives législatives sur cette question. En dernière analyse, vous en viendrez probablement à la conclusion que vous devez le faire. Il faudrait alors que l'automatisme soit mentionné dans le code comme un moyen de défense distinct. À mon avis, il s'agit davantage d'une question de principe très subtile.

Dans le cas contraire, l'automatisme, comme moyen de défense, restera tel qu'il est dans la common law, c'est-à-dire qu'il continuera à évoluer selon l'interprétation qu'en donneront les juges. Encore une fois, si vous voulez établir des paramètres législatifs, vous allez être obligés de légiférer en ce qui concerne le moyen de défense.

M. Rideout: Depuis que nous avons commencé l'étude de la première partie, on essaie de nous convaincre d'inclure certaines choses dans la partie générale ou au contraire d'éviter de le faire, de l'euthanasie à la responsabilité des personnes morales en passant par la causalité. Avez-vous des commentaires à faire sur les limites ou les paramètres qu'il faudrait établir, en tout cas en ce qui concerne la partie des dispositions générales?

M. Del Buono: J'ai l'impression que le document-cadre sera pour vous un guide très utile lorsque vous étudierez ces questions.

Votre question me rappelle que je voulais ajouter quelque chose à une observation que M. Rosen a faite. Je pense que d'ici quelques années la responsabilité criminelle des personnes morales est une question qui deviendra très importante tant sur le plan de la protection de la propriété intellectuelle que du droit pénal. Dans certains pays, comme l'Australie, l'attention accrue que l'on accorde à cette question est en partie attribuable à la nécessité de réagir aux désastres et aux préjudices écologiques. Le Parlement australien a adopté, en 1988, une loi sur la couche d'ozone; la détérioration de la couche d'ozone est jugée particulièrement dangereuse dans l'hémisphère sud. Tout en étant une loi environnementale, il s'agit d'une loi quasi pénale. Elle contient une nouvelle disposition sur la responsabilité criminelle des personnes morales, en vertu de laquelle il n'est plus nécessaire de prouver l'intention

[Texte]

mind to any single individual. From what I can see, that is where the debate, or much of the debate, on where the new criminal offences, the new direction of criminal law, will be.

[Traduction]

criminelle d'un individu pour pouvoir attribuer la responsabilité criminelle à une personne morale. En vertu de cette disposition, on peut considérer la conduite de la personne morale comme un tout et lui attribuer une intention criminelle sans qu'il soit nécessaire d'attribuer une telle intention à un individu en particulier. À mon avis, cette question sera au cœur du débat sur les nouvelles infractions criminelles, sur la nouvelle orientation du droit pénal.

• 1730

It was a very interesting debate we had with the society's Australian members in Brisbane, in which the review committee came with the present law, which is you have to find someone to attribute the criminal mind to. The delegates, who were fairly representative of the profession on both sides, defence and prosecution, said this is old law, this is old thinking, we have to move beyond that now; what we can do is in fact look at this aggregation, this conduct on the part of the corporation and attribute to it a guilty mind on the basis of the entirety of the conduct. I think that it is one of the key issues everybody is going to be grappling with over the next little while.

Mr. Rideout: Environmental law is going to push us to it.

Mr. Del Buono: Environmental law is going to push it. I also think the nature of international criminal law, which is just a developing field right now, is going to push it, because international criminal law—right now it is fragmentary, it is not a coherent whole—is essentially going to be the criminal law as it applies to organizations, whether they are terrorist organizations, whether they are corporations, whether they are crime syndicates. Essentially, international criminal law deals with organizations.

Therefore, what is evolving in terms of the world at the present time is a new paradigm of international criminal law, which is based on corporate and organizational responsibility rather than individual responsibility. It is one of those interesting areas that is starting to develop, and to develop quite rapidly.

Mr. Rideout: With that in mind, should we be looking for something to put into the general part, or should we leave that as a separate part altogether?

Mr. Del Buono: I think that regardless of how this is coming out, your discussions about corporate criminal liability are going to be extremely interesting. I think that is an area on which one should focus. The Australian developments I think are at the leading edge of this at the present time everywhere in the world. So it is a question of whether one wants to follow in the wake of what is going on there, or basically look backwards to what has happened to date. It is quite an interesting debate that is taking place.

Mr. Rideout: I suggested to the chairman that we go to Australia to study this, with no luck.

Some hon. members: Oh, oh.

Mr. Del Buono: I'm sure you'd be welcome, if you would like to go.

Nous avons eu des discussions très intéressantes avec les membres australiens de la société, à Brisbane. Au cours de ces discussions, le comité d'examen nous a présenté la loi actuelle, qui prévoit qu'il faut attribuer une intention criminelle à un individu. Les délégués, qui représentaient assez bien les deux éléments de la profession, la défense et la poursuite, ont déclaré qu'il s'agissait d'une vieille loi, d'une vieille façon de penser qu'il était temps de laisser derrière nous. Nous pouvons en fait prendre en considération la totalité de la conduite de la personne morale et lui attribuer une intention criminelle en se fondant sur l'intégralité de la conduite. Je pense que c'est l'une des questions essentielles que tout le monde débattra pendant quelque temps.

Mr. Rideout: Le droit environnemental nous y obligera.

Mr. Del Buono: Effectivement, le droit environnemental l'imposera. Je pense que la nature du droit pénal international, qui est un domaine qui commence tout juste à se développer, l'imposera également, car le droit pénal international—qui, à l'heure actuelle, est fragmentaire et loin de composer un tout cohérent—est celui qui s'appliquera aux organisations, qu'il s'agisse d'organisations terroristes, de personnes morales, ou d'associations criminelles. C'est, essentiellement le droit pénal international qui s'applique aux organisations.

Par conséquent, ce qui est en train d'émerger sur la scène mondiale est un nouveau modèle de droit pénal international fondé sur la responsabilité des personnes morales et des organisations plutôt que sur la responsabilité individuelle. C'est l'un des domaines intéressants qui commence à se développer et à se développer assez rapidement.

Mr. Rideout: Cela étant, devrions-nous envisager d'inclure quelque chose dans la partie des dispositions générales ou de créer une partie distincte?

Mr. Del Buono: Quelle que soit la forme que cela prendra, je pense que vos discussions sur la responsabilité criminelle des personnes morales seront extrêmement intéressantes. Je pense que c'est une question qui mérite qu'on s'y intéresse de près. À mon avis, la nouvelle loi australienne est à l'avant-garde de ce qui se fait n'importe où dans le monde. Il s'agit donc en fait de déterminer si nous voulons suivre leur exemple ou examiner ce qui s'est fait jusqu'à ce jour. C'est un débat très intéressant qui s'est engagé.

Mr. Rideout: J'ai proposé au président que nous nous rendions en Australie pour étudier cette question sur place, mais en vain.

Des voix: Oh, oh.

Mr. Del Buono: Je suis sûr que vous seriez bien reçus, si vous décidiez d'y aller.

[Text]

The Chairman: I thought I was totally in agreement—certainly for next January.

Just to listen to you makes me realize how far I have yet to go even to come to a basic understanding of some of these concepts, but I thank you very much on behalf of our committee for your evidence. As I said earlier, we are going to hear more witnesses in September and soon after that we hope to be able to sit down and go through the green document, look at the specific options and say we prefer this, or we think you should combine two and three and come up with the best one, and then get it in the form of a bill that can go before the House, which will then lead to a second reading debate, followed by committee stage where witnesses will be responding to specific clauses.

We have sent letters out to 150 people, and quite a number are asking to come in and give us their views. We will hear them in September.

Thank you very much. We appreciate your time.

Mr. Justice Létourneau: Thank you.

Mr. Del Buono: Thank you.

The Chairman: The meeting stands adjourned.

[Translation]

Le président: Pourtant, je croyais vous avoir dit que je trouvais la suggestion excellente—pour janvier prochain.

Je me rends compte, en vous écoutant, du chemin qu'il me reste à faire pour en arriver ne serait-ce qu'à une compréhension générale de ces concepts. Au nom du comité, je vous remercie infiniment de votre témoignage. Comme je l'ai déjà mentionné, nous allons entendre d'autres témoins en septembre et j'espère que, peu après, nous pourrons examiner le Livre vert, les options précises qu'il contient, et déterminer que nous préférons celle-ci ou celle-là ou que nous pensons qu'il sera une bonne idée d'en combiner deux ou trois pour en proposer une meilleure, et que nous pourrons ensuite déposer un projet de loi à la Chambre, ce qui donnera lieu à un nouveau débat, en deuxième lecture, et d'autres audiences, où les témoins pourront nous dire ce qu'ils pensent de dispositions précises.

Nous avons écrit à 150 personnes, et bon nombre d'entre elles ont demandé à comparaître pour nous faire part de leurs opinions. Nous les entendrons en septembre.

Merci beaucoup, nous vous savons gré de nous avoir consacré une partie de votre temps.

Le juge Létourneau: Merci.

M. Del Buono: Merci.

Le président: La séance est levée.

APPENDIX "CODE-1"



Law Reform Commission
of Canada

Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform

A NEW GENERAL PART FOR THE CRIMINAL CODE

BRIEF FROM THE LAW REFORM COMMISSION OF CANADA

TO

THE SUBCOMMITTEE ON THE GENERAL PART

Canadä

CONTENTS

1. The Need for Reform
2. The Work of the Commission
3. The Need for a General Part
4. The Shortcomings of the Current General Part
5. The Commission's General Part Outlined
6. The Basic Principles of a General Part
7. Rules on Legality, Conduct and Culpability
 - (a) Legality
 - (b) Conduct and Culpability
 - (c) Personal Liability
 - (d) Conduct as Acts or Omissions
 - (e) Culpability
 - (f) Causation
8. Defences
 - (a) General Arrangement
 - (b) Use of General Principle
 - (c) Reconciling Logic and Policy
9. Involvement in Crime
10. Jurisdiction
11. Amendments to Recommendations
12. Conclusion

1. The Need for Reform

Canada's Criminal Code, despite all the amendments to it, is still essentially the one made law in 1892. Based on Stephen's English Draft Code, it still reflects values of a former age and different country, containing, for example, archaic crimes like duelling (Cr.C.s.71), pretending to practise witchcraft (s.365) and defacing a current coin (s.456). It also suffers from some of the shortcomings of that draft code, omitting, for example, basic matters like principles of criminal liability, matters for which the reader must still rely on common law.

Dissatisfaction with this situation led the federal Government in 1965 to establish the Canadian Committee on Corrections (the Ouimet Committee) to study the whole field of criminal law and recommend what changes should be made. In 1969 the Committee recommended the establishment of a Royal Commission to conduct a comprehensive examination of the Criminal Code as "a matter of the greatest urgency." In response Parliament created the Law Reform Commission of Canada with a mandate to develop "new approaches to the law in keeping with and responsive to the changing needs of modern Canadian society," to carry out a complete re-writing of the criminal code and to conduct a deep philosophical probe of the whole criminal law of Canada.

2. The Work of the Law Reform Commission of Canada

This probe, which began in 1971, saw criminal law as serving two prime functions: to denounce violations of fundamental social values and thereby to reaffirm their existence. How it can best perform these functions is set out in three Working Papers and one Report to Parliament:

WP 2, The Meaning of Guilt: Strict Liability (1974),
WP 10, Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case (1975),
WP 16, Criminal Responsibility for Group Action (1976), and
Report 3, Our Criminal Law (1976).

All four documents urge the need for restraint. Criminal law, they argue, is a blunt and costly instrument - blunt in its lack of the human sensitivity and costly in terms of suffering, loss of liberty and monetary expense. Serving, therefore, as an instrument of last resort, it should confine itself to acts causing serious harm and involving real culpability, i.e. intent, recklessness or gross negligence. The "serious harm" and "real culpability" restrictions, both of which were approved in the Government's 1982 policy document, The Criminal Law in Canadian Society, should shape respectively the crime-creating sections in the Special Part and the liability and defence provisions in the General Part.

These documents formed the groundwork of the Commission's more detailed examination of the General and Special Parts. Its work on the former is set out in four Working Papers:

WP 29, The General Part: Liability and Defences (1982),

WP 37, Extraterritorial Jurisdiction (1984),

WP 45, Secondary Liability (1985), and

WP 46, Omissions, Negligence and Endangering (1985).

Its findings on the Special Part are contained in thirteen Working Papers ranging from WP 19, Theft and Fraud (1977) to WP 50, Hate Propaganda (1986).

Related recommendations are to be found in five Working Papers on protection of life, starting with WP 23, Criteria for the Determination of Death (1979) and ending with WP 58, Crimes against the Foetus (1989).

Meanwhile in 1979 some twenty federal and provincial Ministers responsible for the various aspects of the criminal justice system in Canada unanimously agreed to undertake "a thorough review of the Criminal Code as a matter of priority." In consequence the federal and provincial governments launched an accelerated review to expedite the enactment of a modern, responsive and effective Canadian criminal law. As part of that review the Commission held regular consultations on its work with representatives of those governments and with its own standing teams of consultants, viz. an advisory panel of appeal and trial court judges, representatives of the criminal defence bar, the Canadian Association of Chiefs of Police, and law professors specialising in criminal law.

In light of these consultations the Commission combined its recommendations in a proposed new code of substantive criminal law. This first appeared in Report 30, Recodifying Criminal Law: Volume 1 (1986). That document was followed by Report 31, Recodifying Criminal Law: Revised and Enlarged Edition of Report 30 (1988). The Commission's recommendations on the General Part appear in the Working Papers mentioned above and in Title I of Reports 30 and 31.

3. The Need for a General Part

In any criminal code a General Part is needed for three purposes: organization, rationalization and illumination of the criminal law. For these purposes it must employ general rules to avoid endless repetition in the definitions of offences, systematic arrangement to give the code coherence, and articulation of basic principles of justice to manifest the underpinning of the criminal law.

A General Part, then, must follow certain organising principles. It must be comprehensive and include all rules of general application and put all the law on these general matters into one document instead of leaving it to volumes of case law.

At the same time it must be clear and use plain language, ordinary words and straightforward sentences and make the criminal law more accessible to the ordinary citizen. But it must be a general part in fact as well as name and speak in terms of general principles instead of ad hoc lists of random items and serve as a general purpose tool for use in numerous circumstances, not all by any means foreseen at the time of its enactment.

In addition a General Part must promote the legitimacy of the criminal justice system. First, it must incorporate the basic social values of the community served by that system. Second, it must articulate the basic principles of fairness and justice that underpin that law and give it its moral grounding. These values and principles are discussed below.

Contrary, then, to the views of some critics, codification of general matters like principles of criminal liability and general defences is both a necessary condition of accessibility and an obvious aid to flexibility. The argument that principles concerning conduct and culpability are best left to common law and don't need inclusion in the General Part ignores the needs of the average user or reader of the code - that reader wants to find all important criminal law provisions in the Criminal Code, to know that all criminal matters of significance are in that one document and to avoid having to explore centuries of related case law. And the argument that codification of these principles matters will freeze the law or put it in a straitjacket ignores the fact that codification in terms of broad and general principles frees up the law for flexible interpretation by courts to meet new situations - real codification is no hindrance to but rather an aid to judicial creativity.

4. The Shortcomings of the Current General Part

The current General Part does not fully perform these functions. On the one hand its omission of criminal liability provisions leaves the Code denuded of any clear moral grounding. On the other hand its lack of comprehensiveness, generality and orderly arrangement leaves the Code without proper organisation: some matters of general relevance, like the defences of necessity and intoxication, are left to common law, while some, like liability requirements, are dealt with in the Special Part, two hundred and fifty sections of which use culpability words like "fraudulently", "intentionally", "knowingly" and "wilfully".

In consequence our Code is much the poorer. It is harder to read, less manageable for the user and less accessible to the general public. It leaves fundamental matters of public policy and, in some cases, of acute controversy to case law created largely by English judges and enshrining earlier values. And insofar as it developed long before the Charter, it may need considerable adjustment.

5. The Commission's Proposed General Part Outlined

By contrast the Commission's proposed General Part, contained in Title I of the proposed new Code (see amendments in s. 11 of this Brief), aims specifically at comprehensiveness, simplicity, systematization and principle. Accordingly, it explicitly includes all matters of general import, sets them out straightforwardly in simple language, moves step by step from the general to the less general, and spells them out in general terms rather than in particular detail.

Title I is divided into five chapters of recommendations accompanied by explanatory commentaries. Chapter 1 provides a rule of application for the Title, stating that the General Part provisions shall apply to all crimes (defined as imprisonable offences) created by Parliament, whether in the Code or not. Chapter 2 provides rules on liability, Chapter 3 rules on general defences, Chapter 4 rules on participation and incomplete offences, and Chapter 5 rules on the jurisdiction of our courts. All these rules are built upon certain basic principles.

Note that certain matters appearing in the Framework Document are omitted from the Commission's General Part. Unfitness to plead, double jeopardy, entrapment (held by the Supreme Court of Canada to relate rather to abuse of process) and classification of offences are omitted on the grounds that they form part of the subject matter of the criminal procedure chapters in the Code. Sentencing is omitted on the ground that it is best dealt with in a separate Sentencing Part of the Code.

6. The Basic Principles of a General Part

Clearly a just society needs a just system of criminal law. It needs to ensure, as stated in s.7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, that no one is deprived of the right to life, liberty and security of the person "except in accordance with the principles of fundamental justice." But a prime dictate of justice is that people should only be punished for wrongdoing. This dictate gives rise to the following principles:

1. People should only be punished by law for doing what was wrong, at the time they did it, according to law.
2. They should only be punished for the wrong they really did themselves and not for the wrong someone else did or for wrong that resulted from lack of control over their actions.
3. Their liability and punishment should reflect the degree of fault involved.

From these three principles derive the rules in the General Part on legality, conduct, culpability, defences, participation, inchoate offences and causation. (The rules on jurisdiction derive from other principles, viz. those of international law and practice, as to which see below.)

7. Rules on Legality, Conduct and Culpability

(a) Legality

No one is criminally liable except for conduct defined as criminal at the time of its occurrence by the Code or some other Act of Parliament.

This rule, often known as the principle of legality because common law knew no actual rule to this effect, excludes both retroactive and judicial criminal lawmaking. Exclusion of the former is in line with s.11(g) of the Charter, which specifies that no one shall be found guilty on account of an act or omission unless, at the time of its commission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations. Exclusion of the latter, of judicial criminal lawmaking, is in line with s.9 of the present Criminal Code, which specifies that, except in the case of contempt of court, no one shall be found guilty of a crime unless it was defined as such by Parliament. The Commission's General Part removes the contempt of court exception and leaves it for later treatment in the Special Part.

(b) Conduct and Culpability

No one is liable for a crime without engaging in conduct and doing so with culpability.

This rule is in line with the tradition that a crime consists in a combination of two elements: a physical element consisting in some act (or sometimes an omission) and a mental element consisting in some level of fault or culpability.

(c) Personal Liability

People are only liable for their own conduct, i.e. for what they themselves actually do.

This ensures that people are not liable for acts done by others and that where they are liable in connexion with such acts (e.g. for assisting them to commit them) they are generally liable for what they themselves did (i.e. assisting) and not for what those others did.

(d) Conduct as Acts or Omissions

People are only liable for their acts or omissions, and only for omissions specifically made crimes by the Code or consisting in failure to perform legal duties.

This preserves the criminal law tradition that people are only liable for things they do and not for things that happen to them or for being in certain states or conditions - it rules out "status crimes." Exceptionally, however, according to that principle, people can be liable for omissions where the law specifically criminalizes such omissions (e.g. failing to stop your car after an accident: Cr.C.s.252) or where there is a legal duty to act and failure to act causes prohibited harm (e.g. causing death by criminal negligence consisting of failure to provide necessaries to one's spouse.) These legal duties, which can presently arise by statute or common law, are spelled out for greater certainty in this part of the General Part.

(e) Culpability

To commit a crime, one must act purposely, recklessly or with criminal negligence, these being the three levels of criminal culpability in descending order.

This codifies the traditional principle that an act does not make you guilty unless you also have a "guilty mind," and specifies that this means unless you act purposely, recklessly or negligently. To commit a crime purposely is to do it meaning to commit it (direct intent) or meaning to do something which you know involves it (indirect intent). To commit it recklessly is to do it consciously taking a highly unreasonable risk as to the circumstances or consequences specified in its definition. To commit it negligently is to do it through a marked departure from the ordinary standard of reasonable care. Note that "markedly" distinguishes criminal from civil negligence, which simply consists in falling below the standard of reasonable care.

(f) Causation

Conduct only causes a result when it substantially contributes to it and when no other factor serves to snap the link between the two.

Causation is not defined in the present Code but dealt with specifically in some of the homicide sections: see ss.222(6), 224-225, and 228. The general principle suggested by the cases is that for a causal relation to exist there must be (a) a substantial link between the accused's conduct and the result, i.e. the conduct must be more than a mere necessary condition or sine qua non, and (b) nothing intervening to snap that link or chain of causation.

8. Defences

Chapter 3 contains a comprehensive treatment of the general defences. To be comprehensive it includes defences arising not only in the present code but also under common law. At the same time it does not rule out judicial creation of new defences to meet new situations - the courts will still, and must still, exercise their creative powers in response to s.7 of the Charter.

(a) General Arrangement: Three Headings

The chapter contains seventeen defences arranged under three headings: absence of conduct or state of mind necessary for culpability (lack of *actus reus* or *mens rea*); exemptions (cases inappropriate for the criminal justice system); justifications and excuses ("yes but" defences).

Absence of Conduct or Culpability

Where conduct or culpability were absent, a defendant will usually make a general denial to the charge and say "I didn't do it" or "I didn't mean to do it." Sometimes, however, they may be absent because of some special feature of the situation - conduct may be absent because of the defendant's lack of control over his actions due to compulsion, impossibility or automatism, while culpability may be absent because of lack of knowledge due to mistake or ignorance of fact or because of intoxication. These special cases are covered by the defences under this head:

- (1) lack of control - compulsion, impossibility and automatism;
- (2) lack of knowledge - mistake of fact; and
- (3) intoxication.

Exemptions

Special factors may make people inappropriate subjects for the criminal justice system. One is immaturity - a person may be too young to be held criminally responsible. Another is mental disorder rendering someone incapable of appreciating the nature or wrongfulness of his acts when he commits them.

Justifications and Excuses

Sometimes a defendant may admit to doing the act charged but claim a justification or excuse. He may claim the existence of some special factor making the act in question right and entitling him to do it. Or he may claim the existence of some special factor entitling him to escape blame for doing the act although the act itself was wrong. Both claims share the common feature of being "yes but" defences, all of which are accordingly dealt with together under one heading.

(b) Use of General Principle

A noteworthy feature of the chapter on defences is its attempt to articulate defences in terms of general principle rather than specific details. For example, the defence of duress (termed "compulsion" in the present code) is restricted under both the proposed and present codes. In the present code there is a list of about twenty offences to which "compulsion" is no defence. In the proposed code it is provided that duress is no defence to someone purposely causing the death of, or seriously harming, another person.

Or, to take another example, where someone is justified in acting as he does, others are in general justified under both the proposed and present codes in giving him assistance. In the present code sections like those on protection of persons acting under authority, arrest to prevent breach of the peace, and defence of movable property specifically extend those defences to persons giving lawful assistance. In the proposed code there is a general clause providing a defence of lawful assistance.

(c) Reconciling Logic and Policy

In criminal law logic and policy sometimes conflict. One instance relates to automatism and mistake of fact for which the defendant only has himself to blame. Another relates to mistake of fact leading a defendant to believe himself not to be acting innocently but to be committing a different crime from the one charged. Yet another relates to the problem of defendants whose lack of the state of mind needed for culpability results from intoxication.

Take the first example: defendant acts under a condition of automatism or mistake of fact for which he is himself to blame. Clearly he should not go scot free because he is to blame. Equally clearly he cannot be convicted logically of intentional wrongdoing because he didn't act intentionally. He can, however, logically incur liability for the negligence making him the author of his own condition. Hence, while present law provides no clear answer, the proposed code states that lack of control or knowledge due to negligence is no defence to crimes of negligence.

The second example also concerns mistake of fact. Suppose a defendant charged with possession of narcotics mistakenly believed himself to be in possession of counterfeit banknotes. Because of his mistake he cannot fairly be convicted of possessing narcotics. Because of his lack of actual possession of counterfeit notes he cannot logically be convicted of possessing counterfeit notes.

But because of his wrongful act (possession of narcotics) and his wrongful intent (to possess counterfeit notes) he should not go scot free. Accordingly, while present case law gives no clear answer, the proposed code provides that in such cases he can be convicted of attempting to commit the crime he clearly meant to.

Lastly, the problem of intoxication. Suppose a defendant is charged with a crime like murder for which he turns out to lack, on account of self-induced intoxication, the requisite purpose. Logic rules out conviction for murder because he lacks the required culpability. Public interest requires conviction for something on account of the social danger posed by those allowing themselves to get so drunk as to commit serious offences. Under present law a not totally satisfactory distinction is drawn between "specific intent" crimes like murder where such lack of culpability is a defence and "general intent" crimes like assault where it is not. In the new code (as amended - see section 11 below) it is proposed to convict the defendant in all cases of what he really did - subjecting himself to intoxication leading to commission of the physical element of the crime charged. For this the penalty would be the same as for the crime charged. Where, however, the defendant causes another's death, it is proposed that he be liable for "criminal intoxication leading to the killing of another person" and subject to the same penalty as for manslaughter.

9. Involvement in Crime

Chapter 4 of Title I deals with the criminal liability of someone involved in the commission of a crime without actually committing it. That someone may have urged, advised, helped or encouraged the actual committer to commit it, may have tried unsuccessfully to commit it, or may have done nothing more than agree with another to commit it.

Here the proposed code's approach is simpler than that of the present criminal code. In the present code these matters are dealt with in sections located in quite different chapters. Urging and advising the successful commission of a crime (counselling) is dealt with in s.22, helping and encouraging its successful commission (aiding and abetting) in s.21, urging and advising the commission of a crime not actually committed in s.464, attempting a crime in ss.24 (the definition section) and 463 (the penalty section), and agreeing to commit a crime (conspiracy) in s.465. Helping the commission of a crime not actually committed is not dealt with at all and is no crime at all - a curious gap in present law.

In the proposed code all these matters are dealt with in the same place in Chapter 4. Urging, advising, helping and encouraging are all treated as "furthering". If the crime is successfully committed, the penalty for furthering is the same as that for commission and if not, then half that. Helping a crime not actually committed, therefore, becomes a crime in the proposed code, which accordingly closes the gap in present law. Attempt (both definition and penalty) and conspiracy are dealt with in the succeeding provisions of the same chapter.

The proposed code's approach is also more straightforward. Under the present code a person aiding, abetting or counselling the successful commission of a crime becomes a party to that crime along with the actual committer - he can be convicted simply of murder, robbery, theft and so on. Under the proposed code, which follows the principle that people are only liable for their own conduct, i.e. for what they themselves actually do (see p.6 above), such a person becomes not a party but a furtherer - he should be convicted not of murder etc. but of furthering murder.

10. Jurisdiction

A state has criminal jurisdiction over all and only such crimes as are committed within its territory.

This conforms with common law tradition and international law principle. Both, however, have countenanced extension of jurisdiction. "Territory" has been extended to include territorial waters, ships of the state's flag and certain special zones, e.g. fishing zones (over which Canada presently exercises limited criminal jurisdiction). In addition, states sometimes rely on other principles like the active nationality principle, the protective principle and the universal principle. Both common law tradition and international principle also allow exceptions to territorial jurisdiction in the form of sovereign and diplomatic immunity. In our criminal law both the extensions and exceptions can be seen and are discussed in Title I Chapter 5.

11. Amendments to Our Recommendations

The two years since release of Report 31 brought numerous comments from consultants and others on our recommendations. Although largely favourable, they criticized the undue complexity of the mens rea provisions. As a result, we propose a simplified version. We have also slightly altered our proposal relating to duties to take into account some of the useful suggestions made.

The rule on intoxication is under the existing law very unsatisfactory. Although our proposal was a major improvement in that it removed the arbitrary distinction between specific and general intent, it left the offender liable for having committed the crime while intoxicated. Since we intend to punish the offender for his criminal intoxication, it would be better and more consistent with principles if the crime of "criminal intoxication"

referred to the very fact of intoxication leading to the commission of a crime. In other words, rather than having a finding of guilt for say "robbery while intoxicated", we would have a finding of "criminal intoxication leading to robbery". The offender would be punished for what he did: allowing himself to become intoxicated to a point where he lost control and resorted to a criminal behaviour.

Finally, we have simplified our provisions relating to involvement in crime.

2. Liability

(1) Acts and Omissions

(a) General Rule (unchanged)

(b) Commission by Omission (unchanged)

(c) Duties: Everyone has a duty to take reasonable care, where failure so to do endangers life, to

(i) provide necessaries to their spouse or anyone else under their care;

(ii) carry out any given or assumed undertaking;

(iii) assist those engaged with them in a lawful hazardous enterprise;

(iv) rectify dangers of their own creation or under their control.

(d) Medical Treatment Exception: (unchanged)

(2) Culpability

(a) General Rule: Crimes may be committed purposely, recklessly or negligently, but, if their definitions make no reference to culpability, only purposely.

(b) Greater Culpability Satisfies Lesser Culpability Requirement: Where the definition of a crime requires negligence, the crime may also be committed purposely or recklessly and where it requires recklessness, it may also be committed purposely.

(c) Purpose Crimes: A crime is committed purposely by one who

(i) means to commit it or some other act or omission known to involve it, and

- (ii) either knows of the existence of circumstances specified in its definition or circumstances giving rise, in the case of omissions, to a duty to act, or else is reckless as to their existence.
- (d) **Reckless Crimes:** A crime is committed recklessly by one who is conscious that the circumstances or consequences specified in its definition probably obtain or will probably result.
- (e) **Negligent Crimes:** A crime is committed negligently by one who markedly departs from the ordinary standard of reasonable care.

3. Defences

3(3) Intoxication

- (a) **General Rule (unchanged)**
- (b) **Proviso: Criminal Intoxication (unchanged except)**
 - (i) everyone falling under clause 3(3)(a) who satisfies all the other elements in the definition of a crime is liable, except in the case of causing death, for criminal intoxication leading to the commission of the act or omission specified in the definition of the crime charged; and
 - (ii) everyone falling under clause 3(3)(a) who causes the death of another is liable for criminal intoxication leading to the killing of another person.

4. Involvement in Crime

- (1) **Committing: (unchanged)**
- (2) **Furthering: Everyone who helps, advises, encourages, urges, incites or uses another to commit a crime is liable for furthering that crime and subject to**
 - (a) the penalty for it if that other completely performs the act or omission specified by its definition, or
 - (b) half the penalty for it otherwise.

(3) Attempt: Everyone who, going beyond mere preparation to commit a crime, attempts to commit it is liable for an attempt to commit that crime and subject to half the penalty for it.

(4) Conspiracy: Everyone who agrees with another to commit a crime is liable for conspiring to commit that crime and subject to half the penalty for it.

(5) Different Crimes Committed and Furthered:

(a) General Rule: No one is liable for furthering or attempting any crime different, except as regards the victim's identity or the degree of harm or damage involved, from the crime he means to further or attempt.

(b) Exception: Everyone who furthers a crime which he has agreed with another to commit is liable both for the crime he agreed to commit and intends to further and for any other crime which he knows is a probable consequence of that agreement or furthering.

(6) Alternative Convictions

(a) Committing: Everyone charged with committing a crime may on appropriate evidence be convicted of furthering it or of attempting to commit it.

(b) Furthering: Everyone charged with furthering a crime may on appropriate evidence be convicted of committing it or of attempting to commit it.

(c) Attempting: Everyone charged with attempting to commit a crime may be convicted of attempting it even though the evidence shows that he committed it or furthered it.

(d) Unclear Cases:

(i) Where a crime is committed by two or more but it is unclear which of them committed it and which of them furthered it, all may be convicted of furthering it and may receive the penalty for that crime;

(ii) Where a crime is attempted by two or more but it is not clear which of them attempted it and which of them furthered it, all may be convicted of furthering it and may receive half the penalty for that crime.

12. Conclusion

In our submission, a general part structured on the lines above would much improve our present criminal code. Mainly it would do so by replacing incompleteness, complexity and disorderliness by comprehensiveness, clarity and coherence. In one short readable title, then, it would provide all rules of general application in the criminal law, whether relating to liability requirements, to general defences, to jurisdiction, or to parties and inchoate offenders. By so doing it would make the code more readable, more intelligible and so more manageable to all concerned with it, to judges, lawyers, jurors and other citizens. Indeed, without minimizing the importance of the amendments made to the Code over the years, the inclusion in it of a comprehensive General Part would be the most significant legislative achievement since its enactment in 1892, both from the point of view of contents and process. It would pave the way for the long awaited and needed reform of the Code. Such reform could then proceed from a coherent and principled approach.

APPENDIX "CODE-2"

Comments by

Vincent M. Del Buono

to the Canadian House of Commons Standing Committee

on Justice and the Solicitor General

on the Recodification of the General Part of the Criminal Code

June 8, 1992

Mr. Chairman, I am honoured to appear before you today and wish to express to you my sincere thanks and those of the Society for Reform of the Criminal Law for having undertaken this important work. I should say at the outset that although I am the President of the Society and have solicited and benefited from the views of many of our members with regard to my proposed remarks today, the opinions I will express are mine and mine alone and should not be attributed to any other person or organization.

The codification or re-codification of the criminal law is a difficult task at the best of times. But it is a process which must be undertaken periodically by democratic societies to give or restore coherence to the criminal law which, imperfect as it is, is one of the important expressions of our fundamental values as a community and a nation. The state of a country's criminal law is important for as Prof. Herbert Wechsler, a member of our Society's Council and one of this century's most successful criminal law codifier, said:

Whatever view one holds about the penal law, no one will question its importance in society. This is the law on which men [and women] place their ultimate reliance for protection against the deepest injuries that human conduct can inflict on individuals and institutions. By the same token, penal law governs the strongest force that we permit officials agencies to bring to bear on individuals. Its promise as an instrument of safety is matched only by its power to destroy.

If penal law is weak or ineffective, basic human interests are in jeopardy. If it is harsh or arbitrary in its impact, it works a gross injustice on those caught within its coils. The law that carries such responsibilities should surely be as rational and just as law can be. Nowhere in the entire legal field is more at stake for the community, for the individual.

(The Challenge of a Model Penal Code, 65 Harv. L. Rev. 1097, 1098)

Codifying or re-codifying a country's criminal law is not an abstract or academic exercise but a very practical one. One of the Executive members of our Society, Ronald L. Gainer, has stated it quite succinctly:

The criminal law is of fundamental importance to the effective operation of a civilized society. At an abstract level, it defines the outer boundaries beyond which individual freedom cannot be exercised without seriously transgressing the freedom of others. At an operational level, it establishes the points at which the government will intercede to protect those freedoms. If the law is to realize its potential value, the government must be able to intercede with sufficient frequency and even-handedness to instill and maintain public confidence in, and respect for the criminal law. Only then can it achieve a fair degree of deterrence.

A reasonable level of deterrence is exceptionally important to the practical utility of the criminal law. Any nation attempting to reduce a high crime rate cannot rely solely on enforcement measures; the reality is that it would be prohibitively costly, both from a monetary stand-point and from the stand-point of risking an oppressive level of law enforcement, to attempt to prosecute all the criminal offences - the serious and the minor - that take place. Any attempt to provide effective protection against crime, therefore, must rely heavily upon deterrence. In order to deter, though, the criminal laws must be, and must publicly be perceived to be, sensible, certain, impartial, and efficient. A nation can achieve neither the reality nor the perception of these qualities if the laws are confusing and complex, if important legal consequences turn on accidents in legislative drafting, and if just dispositions of offenders rests as much on chance as design.

It is a basic responsibility of government to assure that the criminal law is adequate to meet both its abstract and practical purposes. Certainly the law must set a standard, it must reflect moral principles, it must provide fair notice of its provisions, and it must specify fair procedures and just penalties for redressing its violation. But most of all, it must assure a sound basis for protecting the safety and security of the nation's citizens, their property, and their institutions. To do so, it must be capable of efficient application, for only through efficient application can it engender a significant level of deterrence.

On July 1, 1993, we in Canada will mark the 100th anniversary of the coming into force of our present Criminal Code. Although our Code has served us well, it remains fundamentally both in its style and in much of its content a document of a century ago. In 1893, your province, Mr. Chairman, Alberta, and yours, Mr Laporte, Saskatchewan, did not yet exist; women did not have the right to vote; to sit in this House, on the bench, or on juries in this country. The ultimate court of justice for Canada was not in Ottawa but across the ocean in London. The time has now come to modernize the Code to ensure that it accords with the present-day views of Canadians.

Immediately after Confederation, our first Prime Minister, Sir John A. Macdonald, faced two major tasks: cementing the union by legislating effectively for the new Canada and engendering a sense of national unity among its people. As the historian, Desmond H. Brown, noted in his The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892, Macdonald, in large part, saw the adoption of a common criminal law as a means of fostering this sense of national unity. That goal was shared by many on all sides of this House, in the Senate, on the bench and in the bar of this country.

Since it was enacted in 1893, there have been few sessions of Parliament which did not see one or more amendments to the Code. Over the last century, many have urged useful amendments to the Code. Not only have the provincial attorneys-general, judges, and members of the bar been active in seeking amendments but so also have many other Canadians. Social reformers have been very successful in securing changes to the Code to protect Canadians at risk. Business groups have also been active in seeking amendments which promote greater honesty and fairness in commercial dealings. And of course our criminal law has had to respond to the exigencies of technological change.

In addition, there have been calls, over the years, for the wholesale renewal of the Code. In 1938, the Archambault Commission into the penal system in Canada recommended that " [a] complete revision of the Criminal Code should be made at once." Various members of this House over the years have also called for a complete overhaul. That famous criminal lawyer, noted civil libertarian, and future prime minister, John Diefenbaker, in 1947, called upon the then minister of justice to "proceed with the recodification of the Criminal Code so as to bring it up to date, to remove many of the sections which are obsolete in effect, and to amend the punishments."

In the 1950s, there was a major revision of the Criminal Code. The revision did reduce the Code's bulk and did address some problems left unresolved in the 1893 Code but the revision was exactly that - a restructuring and rationalization - rather than a fundamental and principled renewal of the criminal law.

The present re-codification effort owes a great deal to the work of the Law Reform Commission of Canada and especially its President from 1983 to 1990, the Hon. Mr. Justice Allen Linden, who lead the Commission to consolidate its previous work in criminal law into the proposed new criminal code outlined in Report 31. I had the privilege of being the Department of Justice's representative on the team which did that consolidation and very much believe that it provides, subject to a number of improvements that will urged upon you, a good basis for the recodification of our criminal law.

The Commission began its work in criminal law in the 1970s with a fundamental rethinking of the bases and purposes of the criminal law. Its early work articulated a philosophy of criminal law which stressed the need for restraint in the use of the criminal sanction. The criminal law should only be an instrument of last resort. As well, the Commission identified the need to draw a clear distinction in our law between crimes and less serious offences, infractions.

The ideas found in the Commission's early reports and working papers have, over time, come to form part of the bed-rock of thinking about the criminal law in Canada. Many were reflected in the Government of Canada's 1982 statement of policy in the criminal justice field - The Criminal Law in Canadian Society. Many have also found their way into decisions of the Supreme Court of Canada, particularly those of The Rt. Hon. Antonio Lamer, Chief Justice of Canada, who in the 1970s was the Commission's first Vice-Chairman, then its Chairman and is a member of our Society's Council.

As you well know, our work has not been carried on in isolation. Work is proceeding on criminal law codification or recodification in Australia, England and Wales, France, Hungary, Israel, New Zealand, Nigeria, Poland, the new republics of the former Soviet Union and Zimbabwe, to mention only a few. Many in our Society are leading these national efforts. We were delighted to have the members of this Standing Committee and your staff be part of this international movement though your participation in our founding conference at the Inns of Court in London in July 1987; in our meeting on Reform of Sentencing, parole and early release which occurred in this building in August 1988; and finally in our conference on Criminal Code Reform which was held on Capitol Hill in Washington, D.C. in January of 1990 as Mr. Rideout will remember.

This international movement for codification is occurring at a very troubling time for the administration of criminal justice in many countries. Very difficult questions about the role that racial and ethnic prejudice plays in the administration of criminal justice which have long been ignored must now be confronted. Many of us have had to turn from our other interests to tend to this darker side of the administration of the criminal law. I am proud of the fact that many of the members of our Society have been in the forefront of struggles to confront and begin to remedy these problems whether they be aboriginal deaths in custody in Australia, detention without trial in South Africa or the need to prevent future miscarriages of justice in England. The administration of criminal justice generally needs to be reformed. Re-codifying the criminal law is an important step in that process.

I thought it might be useful if I canvassed for you today briefly the state of codification or recodification efforts in those jurisdictions with which I am most familiar: Australia, England & Wales, New Zealand and the United States to give you a flavour of what is happening internationally.

Australia

Australia is not a single criminal law jurisdiction but nine separate ones. Each of the six states, two territories, and the Commonwealth all have their own criminal law. In spite of this fact or because of it, Australia is at the present time forging ahead with what is a national movement for criminal code reform.

The present Australian movement began in 1987 when the then Attorney-General appointed a committee (the Review Committee) to "review" the criminal laws of the Commonwealth with a view to recommending changes. The Committee decided that the soundest way to rationalize the federal criminal law would be to codify, by a Commonwealth act, the general principles of criminal responsibility to be applied with regard to federal criminal matters. The Committee issued a score of discussion papers. The third interim report, Principles of Criminal Responsibility and other Matters set out the Committee's recommendations. These were the subject of a seminar organized by the Australian members of our Society at Parliament House in Brisbane, in April 1991. The delegates agreed that it was important to achieve consistency in the criminal law among the Australian jurisdictions. From this perspective, the participants undertook to examine the proposals in the report with a view to whether they might provide a model for codification at the state and territorial level.

The report of the seminar was taken up by the Standing Committee of Attorney-Generals which established an officers' committee to draft a common criminal code for all of the Australian jurisdictions. As of last month, the officers had completed their work and will report to the Standing Committee in the near future. The draft will be circulated for comment at a meeting of the Australian Criminal Lawyers Association in Auckland this September. If it proves necessary, the draft will be further refined at a follow-up seminar which the Society's Australian members will have in Sydney around Easter of next year. I expect that a new General Draft of a common Australian criminal code will be enacted by one or more jurisdictions in the next year or so.

England & Wales

In April 1989, Lord Mackay, the Lord Chancellor, laid before the Parliament the Law Commission's proposed Criminal Code for England and Wales. Part I of the draft Bill included with the report (clauses 1 to 52) covers the general principles of criminal liability applicable to a criminal code. Part II (clauses 53 to 220) contains specific offences grouped in five Chapters dealing with: offences against the person; sexual offences; theft, fraud, and related offences; other offences relating to property; and offences against public peace and safety.

In January 1990, the English members of the Society held a seminar at Cambridge to discuss the prospects for the Code. The Seminar attracted a wide cross-section of all those whose support would be necessary to get the Code into and through Parliament. The discussion was extremely useful and mapped out a way towards an eventual codification. The English government has for the moment directed its attention over the last two years to completing a reform of sentencing in that country. As well, the energies of those involved in criminal justice in England and Wales are being absorbed by the need to address some of the deep concerns about the state of English criminal justice which have lead to the establishment of a Royal Commission on Criminal Justice headed by Lord Runciman.

Nevertheless, the Law Commission in its 25th Annual Report set out a strategy for the consideration and adoption of a new criminal code. It said:

There was strong support for the objective [of codification] but, at the same time, appreciation of the difficulties which the introduction of a Bill as large and wide-ranging as the draft code would involve. The English Law Commission considers that the work on the Code could best be furthered by means of a series of reports recommending the reform or restatement of areas of specific crime along the lines envisaged in the Code Report, together with the reformulation in "Code" terms of general principles relevant to the offences in question. The area chosen for the first such report is that of offences against the person. A report on this subject has recently been issued by the Commission for public consultation."

New Zealand

When the Rt. Hon. Geoffrey Palmer, the then Deputy Prime Minister and one of the founding members of our Society, introduced the Crimes Bill in the New Zealand Parliament May 2, 1989 he said:

[The introduction]... marks an important occasion in the history of the criminal law in New Zealand. It represents the first comprehensive review of the substantive criminal law since the preparation of the Crimes Act 1961. The 1961 Act introduced a multitude of changes to New Zealand. In particular, the whole penalty structure was rationalized, as were the definitions of crimes against the person and the relationship between those crimes and property offences. However, the objectives of the current review were somewhat broader: first, to build on the process of codification of the law that began in 1893 with the adoption of an indigenous New Zealand Crimes Act; and, second to subject every offence in the Crimes Act to close scrutiny and revision.

The Bill proposed a number of important changes in the criminal law of New Zealand. For the first time the principles of criminal responsibility were codified. It abolished the distinction between murder and manslaughter and created a new offence of culpable homicide with a discretionary life sentence. Where a finite term of imprisonment was imposed for the offence of culpable homicide, the judge would have power to fix a period during which the offender would not be eligible for parole. There was a new offence of endangerment and the Bill created a new offence of aggravated violence (Clause 148) which would carry a maximum penalty of 20 years.

These were only three of the most notable changes proposed. There were many others; the age of criminal responsibility was set at 12. There was no longer an exemption for school teachers to use corporal punishment. Property offences were reformulated and streamlined and the central concept of dishonesty was defined. There were new offences of dishonestly taking trade secrets and dishonest use of computers.

The Bill which was drafted over three years had not been extensively consulted on before being introduced in Parliament. To encourage public and professional comment on the Bill, the Government established a select committee to tap into the wealth of views on the matters raised by the Bill. Mr. Palmer acknowledged the obvious on May 2 when he stated that:

...[the process of codification] is a long way from being complete, because we will have many submissions on the controversial provisions in it. Any Bill of this kind that changes the criminal law is bound to be scrutinized with great care, and it should be.

Debates 1989, 10289

In 1989 and 1990, a special committee headed by the Rt. Hon. Maurice Casey of the New Zealand Court of Appeal heard submissions from a number of interested persons on the proposed Crimes Bill and submitted a report last year. However, the new government seems to be taken up by the need to deal with their economic crisis.

The United States

The movement for the codification of the Federal criminal law in the United States is dormant for now but like Rip Van Winkle it will one day awaken. The criminal law codification movement generally in the United States was one of the most successful legal reform movements of this or any other century. The impetus for reform which led to the adoption of the Model Penal Code at the state level also prompted a federal effort which worked from 1966 to 1982. In 1978, the United States Senate by a vote of 72 to 15 passed a revised U.S. Criminal code. Unfortunately, over the next four years, the vagaries of politics conspired to prevent agreement on the Code by the Senate and House until the effort ground to a halt in 1982.

A report prepared for the Attorney-General of the United States in 1989 on the Federal Criminal Code Reform described the present state of the Federal Criminal law in the following terms:

The current federal criminal law [of the United States] is an anachronism. It is an odd collection of two hundred years of ad hoc statutes, rather than a unified, interrelated, comprehensive criminal code. Some of its individual provisions - particularly some of the more recent ones - are well drafted and useful. As a whole though, it is chaotic, inefficient, overly narrow in some respects, and overly broad in others. Certainly it is not a body of criminal law that one would expect to find in a modern, highly developed nation.

The specific deficiencies of the current federal criminal law are numerous ... [They] however are amenable to piecemeal correction. Successful repair of narrow difficulties has been frequent, and may be expected to continue. But remedial enactments and court interpretations simply add to the complicated patchwork of the federal criminal law. They do nothing to alleviate fundamental shortcomings, which are far more serious than cumulative specific deficiencies. The fundamental difficulty is that the federal criminal law, with its thousands of statutes and case decisions is almost incomprehensible. As a consequence, it is very inefficient in its application. Its ambiguities, conflicts, and irrelevancies drain way from more productive work the limited time and resources of investigators, prosecutors and judges.

(1989) 1 Criminal Law Forum 99

This is important work. The Framework Document prepared by the Department and the Law Reform Commission of Canada is an extremely useful vehicle for assisting interested Canadians in expressing their views on some of the fundamental issues. As you know from the Table of Contents to the Document, your consideration will range over a large number of subjects. Although all are important, I would like to touch on just a few today. The Framework Document sets out a large number of fundamental public policy issues which should be decided through the parliamentary process.

In our complex society each of us not only has a number of important rights and freedoms, but we also have a number of duties we owe to others. In our world, we are all interdependent upon each other in some way. To date, the Criminal Code has not clearly stated which duties we owe to each other the breach of which will attract criminal responsibility. The Law Reform Commission of Canada has attempted to set out, for the first time, all these duties clearly. You will consider their recommendations and I hope, at the end of your deliberations, suggest a clearer, more useful statement of these duties for inclusion in either the General Part or possibly the Special Part. Such a statement's clarity would benefit all Canadians by leaving no one in doubt as to what duties she or he owes others.

Our present Code has a medley of terms to describe the requisite state of blame worthiness for criminal responsibility. The list is a long one: willfully, fraudulently, corruptly, knowingly, maliciously, recklessly, intentionally, means to, with intent, for a purpose, contrary to a direction, for a fraudulent purpose, and so on. The Law Reform Commission has proposed that this list be consolidated into three or four terms whose meaning would be defined. If this can be done, this would be a significant improvement over the present medley in which many terms mean the same thing.

The General Part should also deal clearly with how the criminal law fixes criminal responsibility to corporations for the criminal conduct of their directors, managers and employees. This is an area of law which is becoming increasingly important particularly in the fight to protect our physical environment. I am sure that many Canadians will wish to give you the benefit of their views on the subject.

The criminal law in all countries has always been concerned with setting out the justification which citizens have when they go to assist someone in danger, or to protect themselves, their families, or their property from unlawful interference. This is one area of the law that should be as clear and simple as possible so that all citizens can know what they can and cannot do in such common situations. It should also encourage, rather than discourage, each of us to go to the assistance of another who is in physical danger. The Commission has proposed that this area of the law be simplified. I hope that you will endeavour to do so.

To date, our Criminal Code has permitted parents and others to use reasonable force by way of correction of children. The Law Reform Commission has recommended that the scope of this provision be re-examined to restrict the justification of the use of force to parents, and those expressly authorized by them to use reasonable force on their children. This is obviously an important social issue that you will be grappling with.

Although most violent crimes in this country are committed by persons who are drunk or on drugs, there has never been a determination by the Parliament of Canada as to whether self-induced impairment by alcohol or drugs should provide the accused with complete, a partial, or no defence to a serious crime. Rather we have based our law on a 1920 decision of the House of Lords in England. The Supreme Court of Canada's most recent consideration of the defence illustrates a difference of judicial approach that invites legislative resolution. Furthermore, I think it is long overdue that our Parliament make its own determination as to what policy our criminal law should contain in this regard. This is an area which should be governed by a policy made in Canada by Canadian parliamentarians for Canadians.

As the Framework Document illustrates, there are many more issues which will be before you in this important review. The hearings that you will hold will be crucial to the development of the criminal law of Canada. Your deliberations will give all Canadians an opportunity to be heard on the fundamental issues of criminal responsibility, many of which go to the very heart of who we are as a compassionate but just community and nation. It will be especially important to hear those whose voices were not heard in 1893 specifically, women and aboriginal people, many of whom claim that our present criminal law and its administration neither adequately reflects their values nor treats them justly.

I said at the outset of my remarks today that a codification or re-codification of the criminal law although an important if not essential task is a difficult one at the best of times. Let me end today with notes of caution. Criminal law codifications once embarked upon always carry some risks for the administration of criminal justice in a country. If a codification is successful, it invariably fosters new confidence in all those responsible for criminal justice and steels them to tackle a multitude of other pressing issues involving law and social justice. If however the codification exercise fails, there is often a loss of nerve on the part of the political leadership, the judiciary and the profession in dealing with crime and criminal justice reform. This loss of nerve, in turn, needless to say, creates a multitude of other problems.

There are useful lessons to be learnt from the near-miss which occurred with Federal criminal law codification in the United States in the late 1970s and early 1980s. Keep in mind that a very good code was passed by an overwhelming vote in the United States Senate in 1978 only to grind to a halt in the House of Representatives in the early 1980s. In effect, it was killed by the political clumsiness of its own supporters. The House Judiciary sub-Committee considering the new Code made at least two mistakes. The first was to misunderstand what was required of them. Rather than act as legislators and focus needed attention upon policy issues, they allowed themselves to become mired in the details of legislative drafting. While the members of the sub-Committee argued about the choice of a word or the placement of a comma, the political consensus and momentum for codification dissipated. With its supporters demoralized, the new code became vulnerable to being torn to pieces by single-issue interest groups.

My second caution would be to not believe that the judiciary is in a better position than you to make the hard decisions as to which fundamental values the Code should protect. Litigation in a specific criminal case is seldom the best forum in which to assess and then decide broad issues involving public policy choices. The legislative process, although far from ideal, is a better forum in which to hear and weigh all points of view before making some of the difficult value choices you have before you for all Canadians.

I and many others very much look forward to the report which will conclude your deliberations. I know that individual members of our Society will wish to appear to give you the benefits of their views this autumn. I hope that you will find their views useful.

Our Society is planning a national conference in Ottawa the week of July 1 next year to mark the centenary of the coming into force of the Criminal Code. It will examine which values the Code has expressed over the last one hundred years and how it has mirrored, at time, opaquely, at times, distortingly, images of who we, as a country, anted to be and who were, in fact, were. I hope that your success in these hearings will ensure that the conference is not only a look back to our past but also a look forward to our future. I know that your report will not only be a milestone in history of the development of the criminal law of Canada but will also be studied closely in other countries around the world.

APPENDICE «CODE-1»

 Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

Réforme du droit

**POUR UNE NOUVELLE CODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE
DU CODE CRIMINEL**

MÉMOIRE PRÉSENTÉ AU SOUS-COMITÉ SUR LA PARTIE GÉNÉRALE

**PAR LA COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT
DU CANADA**

Canadä

TABLE DES MATIÈRES

1. La nécessité d'une réforme
2. Les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada
3. La nécessité d'une partie générale
4. Les lacunes de la partie générale du Code actuel
5. Les grandes lignes de la partie générale proposée par la Commission
6. Les principes de base de la partie générale
7. Le principe de la légalité et les règles relatives à la conduite et à l'élément moral
 - a) Principe de la légalité
 - b) Conduite et élément moral
 - c) Responsabilité personnelle
 - d) Actions et omissions
 - e) Élément moral
 - f) Causalité
8. Les moyens de défense
 - a) Présentation générale : trois catégories
 - b) Énoncé de principes généraux
 - c) Concilier la logique avec les principes
9. La participation aux crimes
10. La compétence
11. Recommandations modifiées
12. Conclusion

1. La nécessité d'une réforme

Le Code criminel canadien, malgré toutes les modifications qui y ont été apportées, demeure essentiellement le même que celui qui a été adopté en 1892. Notre Code, qui s'inspire du projet de code anglais élaboré par Stephen, reflète des valeurs d'une autre époque et d'une autre nation; certains crimes qui y sont prévus, comme le duel (art. 71), le fait d'affecter de pratiquer la magie (art. 365) et le fait de dégrader une pièce de monnaie courante (art. 456), sont en effet archaïques. En outre, notre Code perpétue certaines des lacunes originelles de ce projet de code en omettant, par exemple, de traiter de certaines questions fondamentales comme les principes de la responsabilité pénale; le lecteur est alors tenu de s'en remettre à la common law.

Désireux de remédier à la situation, le gouvernement fédéral a, en 1965, chargé le Comité canadien de la réforme pénale et criminelle (le Comité Ouimet) d'étudier toute la question du droit pénal et de recommander les changements qui pourraient y être apportés. En 1969, le Comité a affirmé que l'examen du Code criminel était «extrêmement urgent» et a recommandé que cette tâche soit confiée à une commission royale d'enquête. Le Parlement a donné suite à cette recommandation en créant la Commission de réforme du droit du Canada, à qui il a notamment donné le mandat d'élaborer «de nouvelles méthodes et de nouveaux concepts de droit correspondant à l'évolution des besoins de la société canadienne moderne», de récrire entièrement le Code criminel et de mener une étude philosophique approfondie de l'ensemble du droit pénal canadien.

2. Les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada

Cette étude approfondie, qui a été entreprise en 1971, a reconnu au droit pénal deux fonctions principales : dénoncer la violation des valeurs fondamentales de la société et, de ce fait, réaffirmer leur existence. Les meilleures façons de remplir ces fonctions sont exposées dans trois documents de travail et un rapport au Parlement :

DT 2, *La notion de blâme — La responsabilité stricte* (1974)

DT 10, *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité* (1975)

DT 16, *Responsabilité pénale et conduite collective* (1976)

Rapport n° 3, *Notre droit pénal* (1976)

Ces quatre documents plaident en faveur de la modération. La Commission est en effet d'avis que le droit pénal est un instrument brutal, d'utilisation coûteuse. C'est un instrument brutal parce qu'il est dénué de toute sensibilité humaine, et coûteux parce qu'il entraîne des souffrances, la privation de la liberté et des frais importants. Par conséquent, il s'agit d'un outil de dernier recours qui devrait s'appliquer seulement en cas de préjudice grave et de véritable culpabilité morale, c'est-à-dire lorsqu'une personne agit à dessein, avec témérité ou en faisant preuve de négligence grave. Les critères du préjudice «préjudice grave» et de la «véritable culpabilité morale», qui ont été consacrés par le gouvernement canadien dans son document d'orientation intitulé *Le droit pénal dans la société canadienne* (1982), devraient inspirer respectivement les dispositions de la partie spéciale qui créent les infractions et celles de la partie générale qui définissent la responsabilité pénale et les moyens de défense.

Ces documents ont servi de point de départ à des études plus détaillées de la part de la Commission sur les parties générale et spéciale. Les quatre documents de travail suivants traitent de la partie générale :

- DT 29 *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
- DT 37 *La juridiction extra-territoriale* (1984)
- DT 45 *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
- DT 46 *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)

Les conclusions de la Commission en ce qui concerne la partie spéciale sont exposées dans treize documents de travail allant du DT 19, intitulé *Le vol et la fraude* (1977), au DT 50, *La propagande haineuse* (1986). Des recommandations connexes ont été formulées dans cinq documents de travail traitant de la protection de la vie, à partir du DT 23, intitulé *Les critères de détermination de la mort* (1979), jusqu'au DT 58, *Les crimes contre le foetus* (1989).

Par ailleurs, en 1979, une vingtaine de ministres fédéraux et provinciaux responsables des divers aspects de la justice pénale au Canada ont convenu d'accorder «la priorité à une révision en profondeur du Code criminel». Conformément à cette entente, les gouvernements fédéral et provinciaux ont entrepris un processus de révision accélérée en vue de l'adoption, dans les meilleurs délais, de lois pénales modernes, souples et efficaces. Dans le cadre de cette révision, la Commission a mené des consultations suivies au sujet de ses travaux avec des représentants des deux ordres de gouvernement et ses divers groupes consultatifs permanents, formés respectivement de juges de première instance et d'appel, d'avocats de la défense, de représentants de l'Association canadienne des chefs de police et de professeurs de droit spécialisés en droit pénal.

À la lumière de ces consultations, la Commission a formulé une série de recommandations dans un projet de codification du droit pénal substantiel. Ces recommandations ont d'abord été présentées dans le rapport n° 30, intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal : Volume 1* (1986). Elles ont été reprises dans le rapport n° 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal : édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (1988). Les recommandations de la Commission concernant la partie générale sont énoncées dans les documents de travail n°s 29, 37, 45 et 46, ainsi qu'au titre premier des rapports n°s 30 et 31.

3. La nécessité d'une partie générale

Dans un code criminel, la partie générale joue trois rôles : elle énonce les règles du droit pénal, les rationalise et les élucide. Ces règles doivent par conséquent être générales, de façon à éviter les répétitions inutiles dans les dispositions qui définissent les infractions. Elles doivent être présentées d'une manière ordonnée, de façon à faire du code un tout cohérent. Elles doivent enfin énoncer les principes fondamentaux de la justice, afin de refléter les assises du droit pénal.

La partie générale doit, par conséquent, obéir à certaines règles de présentation. Elle doit tendre à l'exhaustivité et comprendre l'ensemble des règles d'application générale, de façon que toutes les dispositions sur ces questions générales figurent dans un seul document, plutôt que de laisser à la jurisprudence la tâche de combler les lacunes. Ces règles doivent être énoncées clairement, c'est-à-dire dans une langue simple et courante, au moyen de phrases directes, de façon que la personne moyenne puisse les comprendre aisément. Par ailleurs, la partie générale doit, en tant que telle, énoncer des principes généraux plutôt que d'énumérer au petit bonheur des séries de sujets ponctuels. Elle doit être un outil d'application générale auquel on peut avoir recours dans toutes sortes de situations, y compris celles qui n'étaient pas nécessairement prévues au moment de son adoption.

De plus, la partie générale doit faire ressortir la légitimité du système de justice pénale. D'abord, elle doit refléter les valeurs fondamentales de la société. Ensuite, elle doit formuler les principes fondamentaux de la justice et de l'équité qui constituent le fondement moral du droit pénal. Ces valeurs et principes sont examinés ci-dessous.

Contrairement à ce qu'affirment certains observateurs, la codification des principes généraux, tels ceux qui régissent la responsabilité pénale et les moyens de défense généraux, est essentielle à l'accessibilité et favorise la souplesse. Prétendre que les principes relatifs à la conduite et à l'élément moral devraient être laissés à la common law et ne pas être inclus dans la partie générale, c'est ne tenir aucun compte des besoins de l'utilisateur ou du lecteur moyen du code. En effet, celui-ci souhaite y trouver toutes les règles importantes du droit pénal, et avoir l'assurance que toutes les questions d'importance en la matière sont réunies dans un seul document et qu'il n'a pas à consulter des siècles de jurisprudence. En outre, l'argument voulant que la codification de ces principes puisse avoir pour effet d'empêcher le droit d'évoluer et de lui enlever toute souplesse fait abstraction du fait que lorsque ces principes sont codifiés en des termes larges et généraux, les tribunaux ont une plus grande liberté d'action et peuvent les interpréter d'une manière souple et les adapter à des situations nouvelles. Une véritable codification a donc pour effet d'encourager la créativité des tribunaux plutôt que de l'entraver.

4. Les lacunes de la partie générale du Code actuel

La partie générale du Code actuel ne remplit pas de manière adéquate les fonctions que nous venons de décrire. D'une part, comme elle n'énonce pas les principes régissant la responsabilité, les fondements moraux de notre Code sont obscurs. D'autre part, elle est incomplète, pas assez générale et mal structurée, de sorte qu'elle laisse à la common law le soin de régir certaines questions d'application générale, notamment les moyens de défense fondés sur la nécessité et l'intoxication, et à la partie spéciale, celui de prévoir les exigences relatives à l'élément moral. Cette lacune nécessite la répétition de mots tels que «frauduleusement», «intentionnellement», «sciemment» et «volontairement» dans quelque deux cent cinquante dispositions de cette partie.

En somme, le Code actuel laisse à désirer : il est difficile à lire et à utiliser, et il n'est pas à la portée de la population en général. Bon nombre de questions d'intérêt public fondamentales — et parfois fort controversées — dépendent de décisions rendues en grande partie par des tribunaux anglais, à la lumière de valeurs désuètes. Au surplus, dans la mesure où il a été élaboré bien avant la Charte, la validité constitutionnelle de bon nombre de ses dispositions est devenue problématique.

5. Les grandes lignes de la partie générale proposée par la Commission

Par contraste, la partie générale élaborée par la Commission au titre I de son projet de code pénal (voir les modifications proposées dans la section 11 du présent mémoire) se veut un énoncé complet, simple et systématique du droit pénal, dont elle présente les principes fondamentaux. Ainsi, elle traite expressément de toutes les questions d'intérêt général de façon simple et directe, en présentant d'abord les règles les plus générales et ensuite celles qui le sont moins, et en les énonçant en termes généraux plutôt que de manière détaillée.

Les recommandations du titre premier sont regroupées dans cinq chapitres et accompagnées de commentaires explicatifs. Le premier chapitre établit le champ d'application du titre premier; il prévoit que les dispositions de la partie générale s'appliquent à tous les crimes (c'est-à-dire toutes les infractions entraînant une peine d'emprisonnement), qu'ils soient définis au code ou dans une autre loi du Parlement. Le chapitre II traite des principes régissant la responsabilité, le chapitre III, des moyens de défense, le chapitre IV, de la participation aux crimes consommés, et non consommés, et le chapitre V, de la compétence des tribunaux. Toutes les règles qui y sont énoncées reposent sur certains principes fondamentaux.

Il convient de signaler que certaines questions examinées dans le document cadre ne figurent pas dans la partie générale proposée par la Commission. L'inaptitude à se défendre, l'autorité de la chose jugée, la provocation policière (qui, de l'avis de la Cour suprême, ressortit plutôt à l'abus de procédure) et la classification des infractions ont été omises parce qu'il nous semble plus opportun d'en traiter dans le code de procédure pénale. Les principes régissant la détermination de la peine ont également été exclus car ils seront rassemblés dans une partie du code qui traitera uniquement de ce sujet.

6. Les principes de base de la partie générale

Toute société juste se doit d'avoir un système de justice pénale équitable. Et ce système doit faire en sorte, conformément à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qu'il ne puisse être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne, sauf «en conformité avec les principes de justice fondamentale». Or, l'un des préceptes premiers de la justice veut qu'une personne puisse être punie seulement pour une action répréhensible. De ce précepte découlent les principes suivants :

1. La loi peut punir une personne pour un acte ou une omission seulement si celui-ci est qualifié crime aux termes de la loi au moment où il est survenu.

2. Une personne peut être punie uniquement pour son propre fait, et non pour celui d'autrui, ni celui qui échappe à sa volonté.

3. La responsabilité et la peine devraient refléter la gravité de l'élément moral.

Les règles relatives au principe de la légalité, à la conduite, à l'élément moral, aux moyens de défense, à la participation aux crimes, aux infractions non consommées et à la causalité que renferme la partie générale s'inspirent de ces trois principes. (Les règles régissant la compétence reposent sur d'autres principes, tels ceux de la tradition et du droit internationaux qui sont examinés ci-dessous.)

7. Le principe de la légalité et les règles relatives à la conduite et à l'élément moral

a) Principe de la légalité

Nul n'est pénalement responsable à moins que sa conduite ne fût, au moment où ont eu lieu les faits incriminés, qualifiée crime au code ou par toute autre loi du Parlement.

Cette règle, que l'on appelle généralement le principe de la légalité parce que la common law ne prévoyait pas vraiment de règle à ce sujet, exclut les lois pénales qui se voudraient d'application rétroactive et celles qui émaneraient des tribunaux. L'exclusion des premières est conforme à l'alinéa 11g) de la Charte, qui prévoit que tout inculpé a le droit de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international, et n'avait pas de

caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. L'exclusion des règles de droit émanant des tribunaux est en accord avec l'article 9 du Code criminel actuel qui dispose que, sauf pour l'outrage au tribunal, nul ne peut être reconnu coupable d'un crime à moins que celui-ci ne soit qualifié crime par une loi du Parlement. La Commission exclut l'exception relative à l'outrage au tribunal de la partie générale et la considère plutôt dans la partie spéciale.

b) **Conduite et élément moral**

Nul n'est responsable d'un crime à moins de s'être livré, dans un état d'esprit coupable, à la conduite incriminée.

Cette règle est conforme à la tradition voulant qu'un crime suppose l'existence de deux éléments : un élément matériel consistant dans une action quelconque (ou parfois dans une omission) et un élément moral consistant dans un état d'esprit fautif ou coupable.

c) **Responsabilité personnelle**

Chacun n'est responsable que de son propre fait, c'est-à-dire des agissements auxquels il se livre lui-même.

Conformément à cette règle, nul n'est responsable du fait d'autrui. Et lorsqu'une personne engage sa responsabilité en raison des agissements d'une autre personne (par exemple, en l'aidant), elle n'est généralement responsable que de ce qu'elle a elle-même fait (soit aider) et non de ce que l'autre personne a fait.

d) **Actions et omissions**

Chacun n'est responsable que de ses propres actions et omissions. Il n'est responsable d'une omission que lorsque celle-ci est qualifiée crime au code ou qu'elle consiste dans un manquement à un devoir imposé par la loi.

Cette règle est conforme à la tradition du droit pénal voulant qu'une personne soit seulement responsable des actions qu'elle accomplit et non des choses qui lui arrivent, ni des états ou circonstances dans lesquels elle pourrait se trouver. Par exception, une personne peut, conformément à ce principe, engager sa responsabilité en cas d'omission si cette omission est expressément incriminée (par exemple, le fait de ne pas s'arrêter sur les lieux d'un accident : art. 252 C. cr.) ou lorsque

l'obligation d'agir est imposée par la loi et que son inexécution cause un préjudice (par exemple, le fait de causer la mort par négligence criminelle en ne remplissant pas l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint). Ces obligations d'agir qui, à l'heure actuelle, peuvent être imposées soit par la loi, soit par la common law, sont expressément insérées dans la partie générale afin d'éviter toute confusion.

e) Élément moral

Nul ne commet un crime à moins d'agir à dessein ou de faire preuve de témérité ou de négligence, ces états d'esprit correspondant, par ordre décroissant de gravité, aux diverses formes de l'élément moral.

Cette règle énonce le principe traditionnel selon lequel une personne ne peut être tenue pour responsable de sa conduite à moins d'avoir eu un «esprit coupable», et précise que cela signifie agir à dessein ou faire preuve de témérité ou de négligence. Une personne commet un crime à dessein lorsqu'elle le commet avec l'intention de le commettre (intention directe) ou avec l'intention de faire quelque chose qu'elle sait être de nature à entraîner sa réalisation (intention indirecte). Elle agit avec témérité lorsqu'elle prend consciemment un risque hautement déraisonnable par rapport aux conséquences ou aux circonstances prévues par la définition du crime en cause. Enfin, elle fait preuve de négligence lorsqu'elle se livre à une conduite qui constitue un écart marqué par rapport aux normes ordinaires de diligence raisonnable. En exigeant un écart «marqué», la négligence criminelle se distingue de la négligence civile qui réside dans un simple écart par rapport à la norme de la diligence raisonnable.

f) Causalité

La conduite d'une personne ne cause un résultat que lorsqu'elle y contribue de façon concrète et qu'aucune autre cause ne vient rompre le lien entre les deux.

Le Code actuel ne définit pas la causalité mais en traite explicitement dans certaines dispositions sur l'homicide, notamment le paragraphe 222(6) et les articles 224, 225 et 228. Suivant le principe général qui se dégage de la jurisprudence, la causalité suppose deux conditions : a) il doit exister un lien important entre la conduite de l'accusé et le résultat (il ne suffit pas que la conduite soit la condition nécessaire, voire sine qua non, du résultat, et b) aucune autre cause ne doit venir rompre la chaîne de causalité.

8. Les moyens de défense

Le chapitre III constitue une étude complète des moyens de défense généraux. Par souci d'exhaustivité, il traite à la fois des moyens de défense prévus au Code actuel et de ceux qui existent en common law. Cela dit, il n'empêche pas les tribunaux de créer de nouveaux moyens de défense pour répondre à des situations qui n'existaient pas auparavant. Les tribunaux devront en effet, au regard de l'article 7 de la Charte, faire preuve de créativité dans l'exercice de leurs pouvoirs.

a) Présentation générale : trois catégories

Ce chapitre traite de dix-sept moyens de défense répartis dans les trois catégories qui suivent : absence de l'élément matériel (*actus reus*) ou de l'élément moral (*mens rea*) nécessaires à la culpabilité; exemptions (situations où le système de justice pénale ne devrait pas intervenir); justifications et excuses (cas où la personne a commis l'acte incriminé mais pour des raisons spéciales).

Absence de l'élément matériel ou de l'élément moral

Lorsque l'élément matériel ou l'élément moral est absent, l'accusé répondra généralement à l'accusation en disant «je ne l'ai pas fait» ou «je n'ai pas voulu le faire». Cependant, ces éléments peuvent parfois être absents pour des raisons particulières, par exemple lorsque la conduite de l'accusé échappe à sa volonté en raison d'une contrainte physique, de l'impossibilité ou de l'automatisme. L'élément moral peut également faire défaut lorsqu'il y a absence de connaissance en raison d'une erreur ou de l'ignorance à l'égard des circonstances, ou de l'intoxication. Toutes ces situations particulières sont visées par les trois moyens de défense suivants :

- (1) conduite échappant à la volonté — contrainte physique, impossibilité et automatisme;
- (2) absence de connaissance — erreur de fait;
- (3) intoxication.

Exemptions

Certaines personnes devraient être soustraites à l'application du système de justice pénale en raison des caractéristiques particulières qu'elles présentent. L'une de ces caractéristiques est la minorité : une personne peut être trop jeune pour engager sa responsabilité pénale. Les troubles mentaux de nature à empêcher une personne d'apprécier la nature de ses actes au moment où elle les accomplit en sont une autre.

Justifications et excuses

Il peut arriver qu'un accusé reconnaisse avoir commis l'acte incriminé mais qu'il allègue que des circonstances particulières justifient sa conduite et lui enlèvent son caractère répréhensible. Il peut également soutenir que, étant donné l'existence de circonstances particulières, sa responsabilité ne devrait pas être engagée, même si l'acte qu'il a commis était répréhensible. Ces deux moyens de défense se recoupent et sont examinés ensemble.

b) Énoncé de principes généraux

Le chapitre sur les moyens de défense se caractérise par l'articulation de ceux-ci autour de principes généraux. Le moyen de défense fondé sur la contrainte, par exemple, est limité tant aux termes de notre projet de code que du Code actuel. Ce dernier énumère une vingtaine d'infractions à l'égard desquelles la contrainte ne peut être invoquée à titre de moyen de défense. Par contraste, notre projet prévoit simplement que quiconque cause à dessein la mort d'autrui ou lui inflige à dessein des lésions corporelles graves ne peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur la contrainte.

Prenons un autre exemple : lorsque la conduite d'une personne est justifiée, toute autre personne est généralement fondée à lui prêter main-forte, tant aux termes de notre projet que du Code actuel. Les dispositions du Code actuel qui traitent de la protection des personnes exerçant des pouvoirs légaux, de l'arrestation pour violation de la paix et de la défense des biens mobiliers prévoient expressément que la personne qui apporte une aide légitime bénéficie également de ces moyens de défense. Notre projet de code énonce une règle générale concernant le moyen de défense fondé sur l'aide légitime.

c) Concilier la logique avec les principes

En droit pénal, il arrive parfois que la logique et les principes entrent en conflit. C'est le cas notamment de l'automatisme et de l'erreur de fait lorsque l'accusé ne peut s'en prendre qu'à lui-même. L'erreur de fait qui porte l'accusé à croire, qu'il est en train de commettre un crime différent de celui qui lui est reproché constitue un autre exemple. Enfin, il en va de même du cas où l'absence de l'élément moral chez l'accusé résulte de l'intoxication.

Supposons, dans le premier exemple, que l'accusé soit à blâmer pour l'état d'automatisme dans lequel il se trouve ou pour l'erreur qui l'a fait agir. D'un côté, il ne devrait pas s'en tirer impunément puisque sa conduite est fautive. De l'autre côté, on ne saurait logiquement le rendre responsable puisque son comportement était involontaire. La logique permet néanmoins qu'il soit tenu pour responsable si son état ou son erreur résulte de sa propre négligence. En conséquence, contrairement au droit actuel qui n'offre aucune solution claire, notre projet de code prévoit que si c'est à cause de la négligence de l'accusé que sa conduite échappe à sa volonté ou qu'il fait erreur, celui-ci peut être tenu pour responsable lorsque le crime reproché peut être commis par négligence.

Le deuxième exemple touche également l'erreur de fait. Supposons que la personne accusée de possession de stupéfiants croyait, à tort, être en possession de fausse monnaie. En raison de son erreur, il serait injuste de la déclarer coupable de possession de stupéfiants. Et comme elle n'était pas réellement en possession de fausse monnaie, il ne serait pas logique de la déclarer coupable de ce crime. Quoi qu'il en soit, comme elle a commis un acte répréhensible (possession de stupéfiants) et que son intention était coupable (posséder de la monnaie contrefaite), elle ne devrait pas être innocentée. Par conséquent, bien que la jurisprudence actuelle ne soit pas claire, notre projet de code prévoit qu'en pareil cas, l'accusé est responsable d'avoir tenté de commettre le crime qu'il croyait être en train de commettre.

Enfin, l'absence de l'élément moral peut résulter de l'intoxication. Prenons le cas de l'accusé qui a commis un meurtre, mais qui, en raison de son intoxication volontaire, n'avait pas le dessein qu'exige le texte d'incrimination. La logique empêche une déclaration de culpabilité, vu l'absence de l'élément moral. En revanche, l'intérêt public exige que l'accusé ne soit pas complètement innocenté parce que les personnes qui s'enivrent et qui commettent des infractions graves représentent un danger pour la société. Le droit actuel établit une distinction plus ou moins satisfaisante entre les crimes dont la définition exige une «intention spécifique», comme le meurtre, où l'absence de l'élément moral constitue un moyen de défense, et ceux dont la définition exige une «intention générale», comme les voies de fait, où l'intoxication n'est pas un moyen de défense. Dans notre projet de code (compte tenu de la modification proposée dans la section 11 des présentes), nous recommandons que l'accusé soit, dans tous les cas, déclaré coupable de ce qu'il a réellement fait, c'est-à-dire de s'être intoxiqué, ce qui l'a amené à commettre l'acte matériel du crime reproché. Il serait alors possible de la peine prévue par le texte d'incrimination. Par ailleurs, lorsque l'accusé a causé la mort d'une autre personne, il serait reconnu coupable du crime d'«intoxication criminelle causant la mort d'autrui» et la peine serait la même que dans le cas de l'homicide involontaire.

9. La participation aux crimes

Le chapitre IV du titre I traite de la responsabilité pénale de la personne qui, sans le commettre réellement, participe à la perpétration d'un crime. Cette personne peut avoir aidé, encouragé, poussé ou incité une autre personne à commettre le crime en question, peut avoir tenté en vain de le commettre ou peut tout simplement s'être entendue avec autrui pour le commettre.

Les dispositions proposées dans notre projet de code sont plus simples que celles du Code actuel. Dans celui-ci, les dispositions applicables sont dispersées dans des chapitres tout à fait différents. Ainsi, le fait de conseiller à une personne de commettre une infraction qui est effectivement consommée est prévu à l'article 22, celui d'aider ou d'encourager une personne à commettre une infraction qui est finalement consommée figure à l'article 21, celui de conseiller la perpétration d'une infraction qui n'est pas commise se trouve à l'article 464, les règles régissant la tentative se trouvent aux articles 24 (définition) et 463 (peine applicable), et celles qui concernent le complot figurent à l'article 465. Chose curieuse, enfin, le fait d'aider une personne à commettre un crime qui finalement n'est pas consommé n'est prévu nulle part et ne constitue pas un crime en soi.

Dans notre projet de code, toutes les dispositions concernant ces questions sont réunies au chapitre IV. Le fait de favoriser la commission d'un crime englobe celui d'aider, d'encourager, de pousser ou d'inciter une personne à commettre ce crime. Si le crime est consommé, la personne qui en a favorisé la commission est passible de la peine prévue pour ce crime; sinon, elle est passible de la moitié de cette peine. Ainsi, notre projet comble les lacunes du droit actuel en prévoyant que le fait d'aider une personne à commettre un crime qui, en fin de compte, n'est pas consommé, constitue un crime en soi. D'autres dispositions du même chapitre traitent de la tentative (définition et peine) et du complot.

Le nouveau mécanisme proposé est plus simple et direct. Aux termes du Code actuel, la personne qui aide, encourage ou conseille la commission d'un crime qui est effectivement commis devient partie à ce crime tout comme l'auteur principal. Elle peut donc être reconnue coupable du crime principal, en l'occurrence de meurtre, de vol qualifié, de vol, etc. Suivant notre projet de code, qui adopte le principe selon lequel une personne est seulement responsable de son propre fait, c'est-à-dire des actions et des omissions qu'elle accomplit elle-même (voir p. 6 ci-dessus), cette personne engage sa responsabilité parce qu'elle a favorisé la commission d'une infraction et non parce qu'elle y a participé. Par exemple, elle ne devrait pas être déclarée coupable de meurtre, mais plutôt d'avoir favorisé la commission d'un meurtre.

10. La compétence

La compétence pénale des tribunaux d'un État est limitée aux crimes commis sur le territoire de celui-ci.

Cette règle est conforme à la tradition de la common law et au droit international, qui reconnaissent toutefois une compétence plus large dans certains cas. Ainsi, le mot «territoire» est interprété comme incluant la mer territoriale, les navires immatriculés au pays et certaines zones spéciales, notamment les zones de pêche (à l'égard desquelles les tribunaux canadiens exercent actuellement une compétence limitée). En outre, un État peut parfois invoquer d'autres principes reconnus en droit international, comme le principe de la nationalité, le principe de protection et le principe de l'universalisme. La tradition de la common law et le droit international permettent également certaines exceptions qui tiennent compte par exemple de l'immunité diplomatique et de l'immunité de l'État souverain. Le chapitre V du titre I énonce les règles et exceptions relatives à la compétence des tribunaux.

11. Recommandations modifiées

Depuis la publication du rapport n° 31, il y a deux ans, des consultants et d'autres personnes nous ont fait part de leurs observations en ce qui concerne nos recommandations. Même si le rapport a reçu un accueil très favorable, les dispositions relatives à l'élément moral ont été critiquées en raison de leur complexité. Ces dispositions ont par conséquent été simplifiées. D'autre part, nous avons apporté de légères modifications à notre proposition concernant les devoirs, de manière à tenir compte de certaines suggestions utiles qui nous ont été faites.

La règle actuelle en matière d'intoxication laisse énormément à désirer. Même si notre proposition constituait une amélioration notable en ce sens qu'elle faisait disparaître la distinction arbitraire entre l'intention générale et l'intention spécifique, l'accusé pouvait toujours être déclaré coupable d'avoir commis le crime alors qu'il était sous l'effet de l'intoxication. Or, comme nous entendons punir le contrevenant pour son crime d'intoxication, les principes du droit pénal seraient mieux servis si l'«intoxication criminelle» visait expressément l'intoxication menant à la perpétration d'un crime. En d'autres termes, un accusé serait déclaré coupable d'«intoxication criminelle menant au vol qualifié», par exemple, plutôt que de «vol qualifié commis sous l'effet de l'intoxication». Le contrevenant serait puni pour ce qu'il a fait, c'est-à-dire pour s'être intoxiqué au point de perdre le contrôle de soi et de se livrer à la conduite incriminée.

Finalement, nous avons simplifié les dispositions proposées concernant la participation aux crimes.

2. Responsabilité

(1) Actions et omissions

- a) Règle générale (aucune modification)
- b) Commission par omission (aucune modification)
- c) Devoirs : Chacun a le devoir, lorsqu'une omission à cet égard peut mettre la vie en danger, de faire preuve de diligence raisonnable pour :
 - (i) fournir les nécessités de la vie à son conjoint et à toute personne à sa charge;
 - (ii) s'acquitter de toute obligation qu'il a contractée ou assumée;
 - (iii) aider les personnes qui participent avec lui à une activité légitime mais dangereuse;
 - (iv) remédier aux dangers qu'il a lui-même créés ou auxquels il est en mesure de remédier.

- d) Exception relative au traitement médical : (aucune modification)

(2) Élément moral

- a) Règle générale : La définition d'un crime peut exiger soit la poursuite d'un dessein, soit la témérité ou soit la négligence. Lorsqu'elle n'énonce pas de condition spécifique quant à l'élément moral, elle est interprétée comme exigeant la poursuite d'un dessein.

- b) L'élément moral plus grave est inclusif du moins grave : Lorsque la définition d'un crime exige la négligence, ce crime peut également être commis à dessein ou par témérité. Lorsque la définition d'un crime exige la témérité, ce crime peut également être commis à dessein.
- c) Crimes dont la définition exige la poursuite d'un dessein : Commet un crime à dessein la personne qui :
- (i) d'une part, a l'intention de le commettre ou d'accomplir une action ou une omission qu'elle sait être de nature à entraîner sa commission;
 - (ii) d'autre part, connaît l'existence des circonstances prévues par la définition du crime ou, dans le cas d'une omission, des circonstances donnant lieu à son devoir d'agir, ou fait preuve de témérité relativement à leur existence.
- d) Crimes dont la définition exige la témérité : Commet un crime par témérité la personne qui est consciente que les circonstances ou les conséquences prévues par la définition du crime se réaliseront probablement.
- e) Crimes dont la définition exige la négligence : Commet un crime par négligence la personne qui se livre à une conduite constituant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires de diligence raisonnable.

3. Moyens de défense

3(3) Intoxication

- a) Règle générale (aucune modification)
- b) Réserve : crime d'intoxication (modification partielle)
 - (i) la personne visée par l'alinéa 3(3)a) à qui peuvent être imputés tous les autres éléments du crime est responsable, sauf en cas d'homicide, d'une intoxication criminelle menant à l'accomplissement de l'acte ou de l'omission défini dans le texte d'incrimination;
 - (ii) la personne visée par l'alinéa 3(3)a) qui cause la mort d'autrui est responsable d'une intoxication criminelle entraînant la mort.

4. Participation aux crimes

- (1) Commission (aucune modification)
- (2) Favoriser la commission d'un crime. La personne qui aide, encourage, pousse ou incite une autre personne à commettre un crime, le lui conseille ou se sert de cette autre personne pour parvenir à cette fin, est responsable d'avoir favorisé la commission de ce crime et est passible :
 - a) de la peine prévue pour ce crime si cette autre personne accomplit entièrement l'action ou l'omission prévue par la définition du crime en question,
 - b) de la moitié de la peine prévue pour ce crime dans tout autre cas.
- (3) Tentative. Quiconque tente, au-delà de la simple préparation, de commettre un crime est responsable d'avoir tenté de commettre ce crime et passible de la moitié de la peine prévue pour ce crime.
- (4) Complot. Quiconque s'entend avec autrui pour commettre un crime est responsable d'avoir comploté en vue de commettre ce crime et passible de la moitié de la peine prévue pour ce crime.
- (5) Cas où un autre crime est commis.
 - a) Règle générale. Nul n'est responsable d'avoir favorisé la commission d'un crime qui diffère de celui qu'il avait en vue, ou d'avoir tenté de commettre un tel crime, sauf si ce crime ne diffère que quant à l'identité de la victime ou à la gravité du préjudice corporel ou matériel causé.
 - b) Exception. Quiconque favorise la commission d'un crime qu'il s'est entendu avec autrui pour commettre est responsable à la fois du crime sur lequel porte l'entente et dont il a l'intention de favoriser la commission et de tout autre crime qui est, à sa connaissance, une conséquence probable de cette entente ou des actes accomplis pour favoriser la commission de ce crime.

(6) Déclarations de culpabilité

- a) **Commission.** Toute personne inculpée d'avoir commis un crime peut, selon la preuve, être déclarée coupable d'en avoir favorisé la commission ou d'avoir tenté de le commettre.
- b) **Acte favorisant la commission.** Toute personne inculpée d'avoir favorisé la commission d'un crime peut, selon la preuve, être déclarée coupable de l'avoir commis ou d'avoir tenté de le commettre.
- c) **Tentative.** Toute personne inculpée d'avoir tenté de commettre un crime peut être déclarée coupable d'avoir tenté de commettre ce crime même si la preuve démontre qu'elle l'a commis ou en a favorisé la commission.
- d) **Cas ambigus.**
 - (i) Lorsqu'un crime est commis par deux ou plusieurs personnes, mais qu'il est difficile de savoir lesquelles d'entre elles l'ont commis et lesquelles en ont favorisé la commission, chacune peut être déclarée coupable d'en avoir favorisé la commission et est passible de la peine prévue pour ce crime.
 - (ii) Lorsque deux ou plusieurs personnes tentent de commettre un crime, mais qu'il est difficile de savoir lesquelles d'entre elles ont tenté de le commettre et lesquelles en ont favorisé la commission, chacune peut être déclarée coupable d'en avoir favorisé la commission et est passible de la moitié de la peine prévue pour ce crime.

12. Conclusion

Nous sommes persuadés qu'une partie générale dont la structure serait comparable à celle que nous venons de proposer améliorerait grandement notre *Code criminel* actuel. Elle aurait principalement pour effet de remplacer une série de dispositions complexes, incomplètes et désordonnées par un ensemble de règles claires, complètes et cohérentes. Toutes les règles d'application générale du droit pénal, qu'il s'agisse des principes régissant la responsabilité, des moyens de défense généraux, de la compétence, de la participation aux crimes ou des crimes non consommés, seraient réunies dans un même titre facile à consulter. Notre Code serait alors plus facile à lire et à comprendre; il deviendrait ainsi accessible à tous les intéressés, à savoir les juges, les avocats, les jurés et la population en général. De fait, sans vouloir minimiser l'importance des nombreuses modifications qui ont été apportées au Code au fil des ans, l'incorporation d'une partie générale complète serait la mesure la plus importante qu'aurait prise le législateur depuis l'adoption du Code en 1892, et ce, tant sur le plan du fond que sur celui de la procédure. Elle ouvrirait la voie à la révision complète du Code que nous attendons et qui s'impose depuis longtemps. Cette révision pourrait alors être entreprise suivant une démarche cohérente et raisonnée.

APPENDICE «CODE-2»

(TRADUCTION)

Exposé portant sur la
recodification de la partie générale du
Code criminel présenté par Vincent M. Del. Buono au
Comité permanent de la justice et du Solliciteur général
(Chambre des communes du Canada)

Le 8 juin 1992

Monsieur le président, je suis honoré de comparaître devant vous aujourd’hui, et je tiens à vous remercier sincèrement, en mon nom personnel et au nom de la Society for Reform of the Criminal Law de vous être donné l’importante mission de revoir le *Code criminel*. D’entrée de jeu, je me permets de souligner que bien qu’étant le président de la société précitée et qu’ayant soumis le mémoire que je vais maintenant vous présenter à bon nombre de ses membres, les vues qui sont exprimées n’engagent que moi-même.

Le moins qu’on puisse dire, c’est que codifier ou recodifier le droit pénal n’est jamais une tâche facile. Or, les sociétés démocratiques doivent périodiquement s’assurer de la cohérence de leur droit pénal qui, si imparfait soit-il, constitue tout de même l’expression la plus importante des valeurs qui unissent une collectivité et un pays. M. Herbert Wechsler, membre du Conseil de notre société ainsi que l’un des plus grands spécialistes de la codification du droit pénal de ce siècle fait ressortir, en ces termes, l’importance de la qualité du droit pénal d’un pays :

Quoi qu’on pense du droit pénal, on ne peut en contester l’importance pour la société. Les hommes et les femmes comptent, en dernier ressort, sur le droit pénal pour les protéger des pires affronts pouvant être infligés aux personnes comme aux institutions. Par ailleurs, il s’agit du plus puissant moyen d’intervention des autorités officielles dans la vie des citoyens. Son pouvoir de protection n’a d’égal que son pouvoir de destruction.

Un droit pénal faible ou inefficace met en péril les droits de la personne les plus fondamentaux. Si son application est dure et arbitraire, ceux qui en subissent les effets pourront déplorer son injustice flagrante. Un droit assorti de telles responsabilités doit donc être aussi rationnel et juste que possible. En effet, c’est le domaine du droit qui comporte le plus de conséquences pour les citoyens, individuellement et collectivement.

(The Challenge of a Model Penal Code, 65 Harv. L. Rev. 1097, 1098)

Codifier ou recodifier le droit pénal d'un pays n'a rien d'abstrait ni de théorique. Il s'agit d'une tâche éminemment pratique comme l'a succinctement fait valoir l'un des membres du bureau de notre société, M. Ronald L. Gainer :

Le droit pénal revêt une importance fondamentale pour le bon fonctionnement d'une société civilisée. Sur le plan théorique, il fixe les limites au-delà desquelles la liberté individuelle ne peut s'exprimer que si elle empiète gravement sur la liberté des autres. Sur le plan concret, il précise le moment à partir duquel le gouvernement est tenu d'intervenir pour protéger ces libertés. Pour que le droit pénal remplisse pleinement son rôle et que la population y fasse confiance, le gouvernement doit être en mesure d'intervenir suffisamment fréquemment et de façon uniforme. Ce n'est qu'à ce prix qu'il peut avoir un effet dissuasif.

L'utilité du droit pénal réside essentiellement dans son caractère dissuasif. Pour contrer un haut taux de criminalité, un pays ne peut pas s'en remettre uniquement à l'application de la loi. Le fait est qu'il serait beaucoup trop coûteux et beaucoup trop répressif de chercher à sanctionner toutes les infractions criminelles, graves et mineures. Voilà pourquoi la protection contre le crime doit nécessairement reposer, en grande partie, sur la dissuasion. Pour que le droit pénal remplisse cependant cette fonction, il doit être perçu comme étant raisonnable, certain, impartial et efficace. Il est impossible que ce soit le cas, tant sur le plan perceptuel que réel, si les lois d'un pays sont confuses et complexes, si les lacunes de la rédaction législative entraînent de lourdes conséquences juridiques et si les sanctions imposées sont arbitraires.

Le gouvernement a la responsabilité fondamentale de veiller à ce que le droit pénal remplisse ses rôles théorique et pratique, c'est-à-dire qu'il reflète les normes et les principes moraux acceptés, qu'il soit suffisamment connu des citoyens et qu'il prévoie des procédures et des sanctions justes. Le droit pénal doit avant tout protéger adéquatement la sécurité des citoyens d'un pays, leurs biens ainsi que leurs institutions. À cette fin, il doit pouvoir être appliqué de façon efficace, car ce n'est que de cette façon qu'il aura vraiment un effet dissuasif.

Le 1^{er} juillet 1993, le Canada célébrera le 100^e anniversaire de l'entrée en vigueur de l'actuel *Code criminel*. Même s'il nous a bien servi jusqu'ici, le style et le contenu du Code actuel reflètent le fait qu'il date d'un siècle. En 1893, vos provinces, M. le Président et M. Laporte, l'Alberta et la Saskatchewan respectivement, n'existaient pas. Les femmes ne pouvaient ni voter, ni siéger à la Chambre des communes ni devenir juge, ni faire partie d'un jury. Le tribunal de dernier ressort pour le Canada ne se trouvait pas à Ottawa, mais à Londres. Le moment est maintenant venu de moderniser le Code pour qu'il reflète les vues actuelles des Canadiens.

Immédiatement après la Confédération, notre premier Premier ministre, Sir John A. Macdonald, devait relever deux défis de taille: celui de consolider l'union en légiférant de façon efficace dans l'intérêt du nouveau Canada et celui de susciter un sens d'appartenance nationale parmi ses citoyens. Comme le faisait remarquer l'historien Desmond H. Brown dans son ouvrage intitulé *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Macdonald estima que l'adoption d'un *Code criminel* commun constituerait un bon moyen de promouvoir l'unité nationale. Nombreux sont les sénateurs et les députés de tous les partis, ainsi que les juges et les avocats qui pensèrent alors comme lui.

Depuis son adoption en 1893, le Code a été modifié lors de presque toutes les sessions parlementaires. Au cours du siècle dernier, les procureurs généraux des provinces, les juges et les membres du Barreau de même que de nombreux autres Canadiens ont réclamé des modifications utiles au Code. Les réformistes sociaux sont parvenus à obtenir des modifications au Code dans le but de protéger les Canadiens les plus démunis. Les hommes d'affaires ont aussi obtenu des modifications visant à rendre les transactions commerciales plus honnêtes et plus équitables. Notre droit pénal a évidemment dû s'adapter aux changements technologiques.

En outre, on a périodiquement réclamé la refonte du Code. En 1938, la Commission Archambault chargée d'étudier le système pénal canadien recommandait de revoir sans tarder tout le *Code criminel*. Au fil des années, divers députés ont aussi exprimé le même souhait. Le célèbre criminaliste et défenseur des libertés civiles John Diefenbaker, qui devait devenir premier ministre, pressait, en 1947, le ministre de la Justice de l'époque d'ordonner la recodification du *Code criminel*. Il recommandait notamment qu'il soit mis à jour, qu'on en supprime les articles désuets et qu'on modifie les sanctions y figurant.

Dans les années 50, on a procédé à une révision majeure du *Code criminel*. Dans le cadre de cette révision, on a condensé le Code et on a pallié aux lacunes de la version de 1893, mais il s'agissait simplement d'une restructuration et d'une rationalisation du Code plutôt que d'un renouvellement intégral du droit pénal.

Le mouvement actuel en faveur de la recodification est attribuable, en grande partie, aux travaux entrepris par la Commission de réforme du droit du Canada sous la présidence, de 1983 à 1990, de l'honorable juge Allen Linden. S'inspirant de ses travaux précédents sur le sujet, la Commission a proposé un nouveau *Code criminel* dans son rapport n° 31. J'ai eu le privilège, à titre de représentant du ministère de la Justice, de faire partie de l'équipe qui a fait la synthèse des travaux de la Commission, travaux qui, à mon avis, pourraient servir de base à une bonne recodification du droit pénal si l'on tient compte des améliorations qui vous seront proposées.

C'est dans les années 70 que la Commission a commencé à réexaminer les principes sur lesquels repose notre droit pénal. Dans ses premiers travaux, la Commission faisait ressortir la nécessité de faire preuve de modération dans l'imposition des sanctions pénales. Pour la Commission, le droit pénal devait être considéré comme un moyen d'intervention de dernier ressort. En outre, la Commission a mis en lumière le besoin d'établir une distinction claire entre les crimes et les délit s moins graves, soit les infractions.

Les idées que formulaient la Commission dans ses premiers rapports et documents de travail ont fini par constituer, avec le temps, le fondement du mouvement vers la réforme du code pénal. Le gouvernement du Canada reprenait un bon nombre de ces idées dans son énoncé de politique de 1982 intitulé *Le droit pénal dans la société canadienne*. On constate aussi l'influence exercée par ces idées dans les décisions rendues par la Cour suprême du Canada, et en particulier dans les décisions du très honorable Antonio Lamer, juge en chef du Canada, et membre du Conseil de notre société qui, dans les années 70, a occupé le poste de vice-président de la Commission avant d'en devenir le président.

Comme vous le savez fort bien, nous n'avons pas entrepris ce travail isolément. On procède aujourd'hui à la codification ou à la recodification du droit criminel en Australie, en Angleterre et au pays de Galles, en France, en Hongrie, en Israël, en Nouvelle-Zélande, au Nigéria, en Pologne, dans les nouvelles républiques de l'ancienne Union soviétique et au Zimbabwe, pour n'en nommer que quelques-uns. Nombreux sont les membres de notre Société qui dirigent ces initiatives nationales. Nous avons été ravis de voir les membres de votre Comité permanent et de votre personnel suivre ce mouvement international en participant à notre conférence fondatrice au Inns of Court à Londres en juillet 1987; à notre rencontre sur la réforme de la détermination de la peine, de la libération conditionnelle et de la libération anticipée qui a eu lieu ici même, dans cet édifice, en août 1988; et enfin, à notre conférence sur la réforme du *Code criminel* qui a eu lieu au Capitol à Washington, en janvier 1990, je suis sûr que M. Rideout s'en souvient.

Ce mouvement international de codification a lieu à un moment très troublant pour l'administration de la justice criminelle dans nombre de pays. Il faut maintenant donner réponse à des questions épineuses sur le rôle que jouent les préjugés raciaux et ethniques dans l'administration de la justice criminelle, questions qui ont longtemps été laissées pour compte. Nombre d'entre nous ont dû tourner le dos à d'autres intérêts pour se pencher sur cet aspect sombre de l'administration du droit criminel. Je tire fierté du fait que nombre des membres de la Société ont été à l'avant-plan des efforts visant à trouver remède à ces problèmes, qu'il s'agisse des aborigènes décédés en détention en Australie, de la détention sans procès en Afrique du Sud ou du besoin de prévenir de futures erreurs judiciaires en Angleterre. L'administration de la justice criminelle a besoin d'être réformée de manière générale. La recodification du droit criminel est une étape importante de ce processus.

J'ai cru utile de vous dire brièvement où en est l'état des initiatives de codification ou de recodification dans les pays que je connais le mieux : l'Australie, l'Angleterre et le pays de Galles, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, pour vous donner une idée de ce qui se fait à l'échelle internationale.

Australie

L'Australie ne constitue pas une juridiction de droit criminel unique mais est faite de neuf juridictions séparées. Les six états, les deux territoires et le Commonwealth ont tous leur propre droit criminel. En dépit de ce fait ou en raison de ce fait, l'Australie vient d'entreprendre ce qui est devenu un mouvement national de réforme du *Code criminel*.

L'actuel mouvement australien est né en 1987 lorsque le procureur général d'alors a constitué un Comité (le Comité de révision) qu'il a chargé de «réviser» les lois criminelles du Commonwealth et de recommander des changements. Le Comité a décidé que la façon la plus logique de rationaliser le droit criminel fédéral consistait à codifier, par l'adoption d'une loi du Commonwealth, les principes généraux de responsabilité criminelle qui s'appliqueraient aux affaires criminelles fédérales. Le Comité a publié une foule de documents de discussion. Le troisième rapport intérimaire intitulé *Principes de responsabilité criminelle et autres questions* contenait les recommandations du Comité. Celles-ci ont fait l'objet d'un séminaire organisé par les membres australiens de notre Société au Parlement de Brisbane, en avril 1991. Les délégués se sont entendus sur la nécessité d'harmoniser le droit criminel des juridictions australiennes. Partant de cette perspective, les délégués ont entrepris d'examiner les propositions du rapport en vue de trouver un modèle de codification pour les états et les territoires.

Les actes du séminaire ont été soumis au Comité permanent des procureurs généraux, qui a ensuite créé un comité d'agents chargés de rédiger un *Code criminel* commun pour toutes les juridictions australiennes. Le mois dernier, les agents avaient complété leur travail et ils soumettront leur rapport au Comité permanent dans un avenir prochain. Le projet de code sera débattu à l'Assemblée de l'Association des criminalistes australiens à Auckland en septembre prochain. Si on le juge nécessaire, le projet de code sera peaufiné au séminaire de suivi qu'organiseront les membres australiens de la Société à Sydney, à Pâques de l'an prochain. Je m'attends à ce qu'un nouveau projet général de *Code criminel* commun australien soit adopté par une juridiction ou même quelques juridictions vers l'an prochain.

Angleterre et pays de Galles

En avril 1989, lord Mackay, le lord chancelier, a déposé au Parlement le *Code criminel* que propose la Commission de droit pour l'Angleterre et le pays de Galles. La première partie du projet de code que renfermait le rapport (les articles 1 à 52) énonce les principes généraux de responsabilité criminelle applicables à un *Code criminel*. La deuxième partie (les articles 53 à 220) énonce les infractions et les groupes en cinq chapitres : les infractions contre la personne; les infractions sexuelles; le vol, la fraude et les infractions connexes; les autres infractions liées à la propriété et les infractions à la paix publique et à la sûreté.

En janvier 1990, les membres anglais de la Société ont pris part à un séminaire à Cambridge afin de discuter de l'avenir du Code. Le séminaire a attiré un éventail considérable d'intervenants dont le soutien sera nécessaire pour faire approuver le Code par le Parlement. La discussion a été extrêmement utile et a pavé la voie à une codification éventuelle. Dans les deux dernières années, le gouvernement anglais a porté son attention sur la réforme de la détermination de la peine dans ce pays. De même, les énergies de ceux qui s'intéressent à la justice criminelle en Angleterre et au pays de Galles sont absorbées par le besoin de répondre aux vives préoccupations au sujet de l'état de la justice criminelle anglaise qui ont mené à la création de la Commission royale sur la justice criminelle dirigée par lord Runciman.

Néanmoins, la Commission de réforme du droit, dans son 25^e Rapport annuel, a énoncé sa stratégie visant l'étude et l'adoption d'un nouveau *Code criminel*. Il y est dit :

L'objectif [de la codification] a recueilli un soutien ferme, mais, au même moment, on a également saisi les difficultés que pose l'adoption d'un projet de code aussi vaste. La Commission anglaise de réforme du droit considère que la meilleure façon de réformer le Code consiste à commander une série de rapports où l'on redéfinira chaque crime dans l'optique des grandes orientations que proposaient le Rapport sur le code, et à reformuler parallèlement chaque crime dans l'optique des principes généraux du Code. Le premier rapport de cette série portera sur les infractions contre la personne. Un rapport sur ce sujet a récemment été publié par la Commission pour les besoins de la consultation publique.

Nouvelle-Zélande

Lorsque le très honorable Geoffrey Palmer, alors vice-premier ministre et membre fondateur de notre Société, a déposé la Loi sur les crimes au Parlement de Nouvelle-Zélande le 2 mai 1989, il a déclaré :

[Le dépôt de ce projet de loi]... marque un grand moment dans l'histoire du droit criminel de Nouvelle-Zélande. C'est là le premier examen exhaustif du droit criminel fondamental depuis le dépôt de la Loi sur les crimes en 1961. La Loi de 1961 a apporté une multitude de changements en Nouvelle-Zélande. En particulier, toute la structure pénale a été rationalisée, tout comme le furent également les définitions des crimes contre la personne et les rapports entre ces crimes et les infractions contre la propriété. Toutefois, les objectifs du réexamen actuel sont quelque peu plus larges: d'abord, reprendre le processus de codification du droit criminel qui s'est amorcé en 1893 avec l'adoption d'une Loi sur les crimes propre à la Nouvelle-Zélande; deuxièmement, examiner soigneusement toutes les infractions que contient la Loi sur les crimes.

Débats de 1989, 10285

La Loi propose un grand nombre de changements importants au droit criminel de Nouvelle-Zélande. Pour la première fois, on codifie les principes de responsabilité criminelle. On abolit la distinction entre le meurtre et l'homicide et l'on crée une nouvelle infraction dite d'homicide volontaire avec peine d'emprisonnement à perpétuité discrétionnaire. L'on impose une peine d'emprisonnement précise pour la commission d'un homicide volontaire, mais le juge a le pouvoir de fixer une période au cours de laquelle le coupable ne sera pas admissible à la libération conditionnelle. L'on crée une nouvelle infraction dite de mise en péril et une nouvelle infraction dite de violence grave (article 148) qui prévoit une peine maximale de 20 ans d'emprisonnement.

Ce ne sont là que les trois changements les plus importants. Il y en a beaucoup d'autres : par exemple, l'âge de la responsabilité criminelle est fixée à 12 ans; il n'y a plus d'exception pour les enseignants qui ont recours au châtiment corporel; les infractions contre la propriété sont reformulées et rationalisées, et l'on définit la notion fondamentale de malhonnêteté; on définit de nouvelles infractions de malhonnêteté ayant trait à l'utilisation de secrets commerciaux et à l'emploi d'ordinateurs.

Ce projet de loi, dont la rédaction a pris trois ans, n'a pas fait l'objet de consultations publiques exhaustives avant son dépôt au Parlement. Pour encourager l'expression d'avis publics et professionnels sur le projet de loi, le gouvernement a créé un Comité spécial qui recueillera les vues sur les questions que soulèvent le projet de loi. M. Palmer a fait le 2 mai une déclaration pleine de bon sens :

...[le processus de codification] est loin d'être complet parce que nous avons encore à entendre de nombreux avis sur les dispositions controversées du texte de loi. Tout projet de loi qui modifie ainsi le droit criminel doit être examiné avec le plus grand soin, et c'est une bonne chose.

Débats de 1989, 10289

En 1989 et 1990, le comité spécial présidé par le très honorable Maurice Casey de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a entendu les avis d'un grand nombre d'intéressés sur le projet de loi et déposé son rapport l'an dernier. Toutefois, le nouveau gouvernement semble davantage préoccupé par la crise économique.

États-Unis

Le mouvement pour la codification du droit criminel fédéral aux États-Unis semble assoupi pour le moment, mais comme Rip Van Winkle, il peut se réveiller un jour. Le mouvement général de codification du droit criminel aux États-Unis est l'un des mouvements de réforme juridique les plus réussis de l'histoire américaine. L'élan de la réforme, qui a mené à l'adoption du Code pénal modèle au niveau des états, a également animé l'initiative fédérale qui a duré de 1966 à 1982. En 1978, le Sénat des États-Unis a adopté un *Code criminel* des États-Unis révisé par un vote de 72 contre 15. Malheureusement, dans les quatre années qui ont suivi, les caprices de la politique se sont liqués pour empêcher toute entente sur le Code entre le Sénat et la Chambre des représentants, mettant un terme à la réforme en 1982.

Le rapport de 1989 du Procureur général des États-Unis sur la réforme du Code criminel fédéral décrit dans les termes suivants l'état actuel du droit criminel fédéral :

Le droit criminel fédéral [des États-Unis] tel qu'il existe à l'heure actuelle est un anachronisme. C'est une collection hétéroclite de lois spéciales accumulées pendant 200 ans, et non un code criminel exhaustif, uniifié, aux dispositions corrélatives. Certaines de ces dispositions individuelles – particulièrement les plus récentes – sont bien libellées et utiles. Cependant, l'ensemble est chaotique, inefficace, trop restreint à certains égards et trop vague par ailleurs. Ce n'est certainement pas le genre de droit criminel qu'on s'attendrait de trouver dans une société moderne et évoluée.

Les lacunes précises du droit criminel fédéral tel qu'il existe à l'heure actuelle sont nombreuses... [elles] peuvent cependant faire l'objet de corrections ponctuelles. On a fréquemment réussi à éliminer les petits problèmes et on peut prévoir que cela se poursuivra. Mais l'adoption de mesures législatives correctives et les interprétations judiciaires ne font qu'aggraver le caractère disparate du droit criminel fédéral. Elles ne comblent nullement les lacunes fondamentales qui sont beaucoup plus sérieuses que les petites déficiences particulières. La difficulté de base réside dans le fait que le droit criminel fédéral, qui se compose de milliers de lois et de jugements, est pratiquement incompréhensible. Par conséquent, on ne peut en faire une exécution efficace. Les ambiguïtés, les contradictions et les dispositions non pertinentes qu'il contient empêche les juges, les procureurs et les enquêteurs d'affecter leur temps et leur ressource à bon escient.

(1989) 1 Criminal Law Forum 99

Ces travaux sont importants. Le Document cadre, préparé par le ministère et la Commission de réforme du droit du Canada, est un outil extrêmement utile qui permettra à tous les Canadiens intéressés d'exprimer leurs points de vue sur ces questions fondamentales. Comme vous avez pu le constater en lisant la table des matières du document, vous devrez étudier toute une gamme de sujets. Ils sont tous importants, mais j'aimerais en souligner quelques-uns plus particulièrement. Le Document cadre énumère plusieurs questions d'intérêt public fondamentales qui devraient être réglées par le biais du processus parlementaire.

Dans notre société complexe, chacun d'entre nous jouit de droits et de libertés importants; mais chacun d'entre nous a aussi des devoirs envers les autres. Dans notre société, nous dépendons tous les uns des autres dans une certaine mesure. Jusqu'à présent, dans le *Code criminel*, on n'a pas clairement énoncé les devoirs qui nous incombent et qui, lorsqu'ils ne sont pas remplis, entraînent la responsabilité criminelle. La Commission de réforme du droit du Canada a tenté de décrire clairement ces obligations pour la première fois. Vous étudierez ces recommandations et j'espère qu'au terme de vos délibérations, vous proposerez un énoncé clair et utile sur ces devoirs qui pourrait être inclus dans la Partie générale ou la Partie spéciale. Un énoncé de ce genre profiterait à tous les Canadiens puisqu'il n'y aurait alors aucun doute sur les obligations de chacun envers les autres.

Notre Code actuel comporte un pot-pourri de termes pour décrire l'état d'esprit blâmable que requiert la responsabilité criminelle. La liste est longue : volontairement, frauduleusement, par corruption, sciemment, avec l'intention de nuire, avec insouciance, de manière intentionnelle, à l'intention de, dans l'intention de, aux fins de, contrairement aux instructions, à des fins frauduleuses, etc. La Commission de réforme du droit a proposé de refondre cette liste en trois ou quatre termes dont le sens serait clairement défini. Cela serait beaucoup mieux que le pot-pourri actuel d'expressions diverses dont plusieurs ont la même signification.

La Partie générale devrait aussi traiter clairement de la responsabilité criminelle des personnes morales en cas de comportement criminel de la part des administrateurs, des gestionnaires et des employés. Ce domaine du droit revêt de plus en plus d'importance, particulièrement dans le cadre de la protection de l'environnement. Je suis certain que bon nombre de Canadiens voudront vous faire part de leurs opinions à ce sujet.

Dans tous les pays, on établit dans les lois pénales les justifications que peuvent invoquer les citoyens qui portent secours à une personne en danger, qui se protègent eux-mêmes ou qui protègent leur famille ou leur bien contre des interventions illicites. Cet aspect du droit pénal devrait être aussi clair et simple que possible afin que tous les citoyens sachent bien ce qu'ils peuvent et ne peuvent pas faire dans ces situations relativement courantes. On encouragerait aussi les gens à aider les personnes en danger plutôt que de les en dissuader. La Commission a suggéré que cette partie du Code soit simplifiée. J'espère que vous vous emploierai à le faire.

À ce jour, le *Code criminel* a permis aux parents et autres personnes exerçant leur autorité sur un enfant d'user de force raisonnable pour corriger les enfants. La Commission de réforme du droit recommande que l'on réexamine la portée de cette disposition en vue de limiter le recours à cette excuse par les parents et par ceux qui ont l'autorisation expresse des parents d'user de force raisonnable à l'endroit de leurs enfants. C'est là un enjeu social d'importance dont il vous faudra traiter.

Bien que la plupart des crimes de violence soient commis au pays par des personnes intoxiquées par l'alcool ou la drogue, le Parlement du Canada n'a jamais déterminé si l'intoxication volontaire pouvait constituer un moyen de défense total ou partiel dans les cas de crime grave. Nous avons plutôt fondé notre droit sur la décision rendue par la Chambre des Lords d'Angleterre en 1920. Dans sa plus récente étude des divers moyens de défense, la Cour suprême du Canada a adopté un point de vue différent qui appelle une décision de la part du législateur. En outre, il y a longtemps que le Parlement aurait dû adopter une politique à cet égard. Cette question devrait faire l'objet d'une politique formulée au Canada, par des parlementaires canadiens et à l'intention des Canadiens.

Comme l'illustre le Document cadre, vous devrez étudier plusieurs autres questions au cours de vos travaux. Les audiences que vous tiendrez seront cruciales pour l'évolution du droit pénal au Canada. Vos délibérations permettront à tous les Canadiens de s'exprimer sur des questions fondamentales de responsabilité criminelle, dont bon nombre tiennent de l'essence même de notre identité canadienne, du caractère humanitaire et juste de notre communauté et de notre pays. Il importe particulièrement que vous entendiez ceux qui ont été oubliés en 1893, soit les femmes et les peuples autochtones, dont plusieurs prétendent que le droit pénal actuel et son administration ne traduisent pas nos valeurs et ne leur accordent pas un traitement équitable.

J'ai déclaré au début de mes remarques d'aujourd'hui que la codification ou recodification du droit criminel est une tâche importante, sinon essentielle, mais surtout difficile. Permettez-moi de terminer en vous exhortant à la prudence. La codification du droit criminel comporte toujours des risques pour l'administration de la justice pénale de tout pays. Lorsque la codification est réussie, elle accroît la confiance des responsables de la justice pénale et les encourage à s'attaquer à une multitude d'autres questions pressantes de droit et de justice sociale. Cependant, si la codification est un échec, les avocats, les juges et les dirigeants politiques perdent le courage de lutter contre le crime et d'instituer des réformes en matière de justice pénale. Il va sans dire que cela provoque du coup une multitude d'autres problèmes.

Nous pourrions tirer des leçons utiles des quasi-échecs qui se sont produits aux États-Unis à la fin des années 70 et au début des années 80 en matière de codification du droit criminel fédéral. Il faut se rappeler qu'un excellent code a été adopté par une majorité écrasante au Sénat américain en 1970, pour ensuite être bloqué à la Chambre des représentants au début des années 80. En fait, c'est la maladresse politique de ses propres défenseurs qui a tué ce code. Le Sous-comité des affaires judiciaires de la Chambre des représentants qui étudiait le projet de code a fait au moins deux erreurs. Premièrement, il a mal compris son mandat. Plutôt que d'adopter le point de vue du législateur et de concentrer son attention sur les grands principes, les membres du Sous-comité se sont embourbés dans les détails de la rédaction de lois. Pendant qu'ils débattaient du choix des mots et de la position des virgules, le consensus politique qui avait fait progresser la codification s'est effrité. Avec la démoralisation de ses défenseurs, le nouveau code est devenu vulnérable aux attaques des groupes d'intérêt.

Deuxièmement, je vous exhorte à ne pas croire que les juges sont mieux en mesure que vous de se prononcer sur les valeurs fondamentales qui devraient faire l'objet d'une protection dans le Code. Les causes criminelles constituent rarement l'endroit de choix pour évaluer et définir les grands enjeux d'intérêt public. Le processus législatif est loin d'être idéal, mais c'est une tribune où l'on peut entendre et soupeser tous les points de vue avant de faire ce choix difficile, avant de décider au nom de tous les Canadiens des valeurs qui constitueront les fondements du nouveau *Code criminel*.

Comme beaucoup d'autres personnes, j'attends avec impatience le rapport qui mettra fin à vos délibérations. Je sais que des membres de notre Société voudront comparaître devant votre Comité cet automne pour vous faire part de leurs points de vue. J'espère que leurs remarques vous seront utiles.

Notre Société organise une conférence nationale qui se tiendra à Ottawa pendant la semaine du 1^{er} juillet de l'an prochain pour souligner le centenaire de l'entrée en vigueur du *Code criminel*. On y examinera les valeurs qui ont été exprimées dans le Code au cours des cent dernières années et comment le Code a plus ou moins bien reflété et parfois même déformé notre identité et nos aspirations en tant que pays. J'espère que grâce à votre réussite, cette conférence ne servira pas qu'à revenir sur le passé, mais aussi à envisager l'avenir avec confiance. Je sais que votre rapport ne sera pas qu'un événement marquant de l'histoire du droit pénal au Canada, mais qu'il sera aussi étudié attentivement par de nombreux pays dans le monde.

MAIL POSTE

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

K1A 0S9
Ottawa

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

WITNESSES

Thursday, March 26, 1992
Monday, March 30, 1992

From the Department of Justice:

David Daubney, General Counsel, Criminal Law Policy Section;
Heather Holmes, Counsel, Criminal Law Policy Section.

Monday, June 8, 1992

From the Law Reform Commission:

The Hon. Mr. Justice Gilles Létourneau, Chairman;
Professor Patrick Fitzgerald, Coordinator of the Substantive
Criminal Law Project.

From the Criminal Law Reform Society:

Vincent Del Buono, President.

TÉMOINS

Le jeudi 26 mars 1992
Le lundi 30 mars 1992

Du ministère de la Justice:

David Daubney, Conseiller juridique principal, Section de la
politique, droit pénal;
Heather Holmes, Conseiller juridique, Section de la politique,
droit pénal.

Le lundi 8 juin 1992

De la Commission de réforme du droit au Canada:

L'Hon. M. le Juge Gilles Létourneau, Président;
Professeur Patrick Fitzgerald, Coordonnateur de la Section de
recherche en droit pénal substantiel.

De la Société de réforme du droit pénal:

Vincent Del Buono, Président.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 2

Monday, June 15, 1992

Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 2

Le lundi 15 juin 1992

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee
on the*

Recodification of the General Part of the Criminal Code

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor
General*

Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la

Recodification de la Partie générale du Code criminel

du Comité permanent de la justice et du solliciteur général

RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la partie générale du *Code criminel*

WITNESSES:

(See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Third Session of the Thirty-fourth Parliament,
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,
1991-1992

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 2

Monday, June 15, 1992

Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 2

Le lundi 15 juin 1992

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee
on the*

Recodification of the General Part of the Criminal Code

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor
General*

Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la

Recodification de la Partie générale du Code criminel

du Comité permanent de la justice et du solliciteur général

RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la partie générale du *Code criminel*

WITNESSES:

(See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)

Third Session of the Thirty-fourth Parliament,
1991–92

Troisième session de la trente-quatrième législature,
1991–1992

SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE
SOLICITOR GENERAL

Chairperson: Blaine Thacker

Members

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU
SOLLICITEUR GÉNÉRAL

Président: Blaine Thacker

Membres

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

Published under authority of the Speaker of the
House of Commons by the Queen's Printer for Canada.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

Publié en conformité de l'autorité du Président de la Chambre
des communes par l'Imprimeur de la Reine pour le Canada.

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

MINUTES OF PROCEEDINGS

MONDAY, JUNE 15, 1992
(6)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 3:35 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Witnesses: From the University of Toronto, Faculty of Law: Sharon Nicklas; Orlando Da Silva and Professor Martin Friedland.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (See *Minutes of Proceedings and Evidence*, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1).

In Accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by Professor Martin Friedland be printed as an appendix to this day's *Minutes of Proceedings and Evidence*. (See Appendix "CODE-3").

Professor Martin Friedland, Sharon Nicklas and Orlando Da Silva each made opening statements and answered questions.

At 5:05 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Nancy Hall

Committee Clerk

PROCÈS-VERBAL

LE LUNDI 15 JUIN 1992
(6)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du solliciteur général, se réunit à 15 h 35, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (*président*).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Témoins: De la Faculté de droit de l'Université de Toronto: Sharon Nicklas; Orlando Da Silva; Martin Friedland.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par le Pr Martin Friedland, figure en annexe aux *Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui* (*Appendice «CODE-3»*).

Martin Friedland, Sharon Nicklas et Orlando Da Silva font chacun un exposé et répondent aux questions.

À 17 h 05, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

Greffière de comité

Nancy Hall

[Text]

EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Monday, June 15, 1992

[Translation]

TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le lundi 15 juin 1992

• 1538

The Chairman: I call this meeting to order.

This is the subcommittee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General. We are working on the recodification of the general part of the Criminal Code.

Our witnesses this afternoon, and we are very privileged to have these three witnesses, are Professor Martin Friedland; Orlando Da Silva, a student; and a former student now taking the bar admission course, Sharon Nicklas. I welcome you on behalf of the committee.

I have read your briefs. It isn't often I get all the briefs read before a hearing. I'm very much impressed with them. Thank you for taking the time to put this package together for us. I have no doubt it will be helpful for us.

Professor Friedland, would you start, please.

Professor Martin Friedland (Faculty of Law, University of Toronto): Mr. Chairman, thank you very much for inviting us to participate in these important hearings.

The brief we submitted is the result of an advanced criminal law seminar at the University of Toronto. Eleven upper-year students prepared major papers, of approximately 25 to 30 pages in length, which were discussed and debated among the students. The papers were distilled down to about ten pages each in length, and that's the brief you have before you.

• 1540

We selected topics that were discussed in this green paper towards a new general part for the Criminal Code of Canada. We tried to get a representative sample of issues, and obviously we were sensitive to the particular interests of the students involved. That seminar took place in the fall, and in the spring term Sharon Nicklas and Orlando Da Silva edited the brief. They will speak to the individual papers. With your permission, I may make a few introductory comments.

I say that your work is important because much of the work of the Law Reform Commission of Canada over the past 20 years will be lost if there is not momentum in the movement to reform the criminal law. The enactment of the general part of the code is a crucial step in the process. Twenty years seems like a long time, and we're still on the road to reform, but most countries have found that it has taken considerable time to enact a new criminal code. It is a slow and frustrating process.

Le président: La séance est ouverte.

Le sous-comité du Comité permanent de la justice et du solliciteur général reprend son étude de la recodification de la partie générale du Code criminel.

Nous avons le privilège d'accueillir trois témoins cet après-midi: M. Martin Friedland; Orlando Da Silva, qui est étudiant, et une ancienne étudiante qui s'apprête à passer l'examen d'admission au barreau, Sharon Nicklas. Je vous souhaite la bienvenue au nom de tous les membres du comité.

J'ai lu vos mémoires. Il est rare que j'aie la chance de lire les mémoires avant une audience. J'ai été très impressionné par la qualité de vos mémoires et je vous remercie d'avoir pris le temps de les préparer pour nous. Je suis certain qu'ils nous seront utiles.

Monsieur Friedland, vous avez la parole.

M. Martin Friedland (professeur, Faculté de droit, Université de Toronto): Monsieur le président, je vous remercie de nous avoir invités à participer à ces audiences très importantes.

Le mémoire que nous vous avons soumis résulte d'un séminaire sur le droit pénal avancé, qui s'est tenu à l'Université de Toronto. Onze étudiants de dernière année ont préparé des rapports de recherche de 25 à 30 pages, dont ont discuté tous les étudiants. On a ramené chacun de ces rapports à 10 pages environ et l'ensemble de ces documents constitue le mémoire que vous avez sous les yeux.

Nous avons choisi les sujets dont on traite dans le livre vert sur une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada. Nous avons tenté de choisir les sujets représentant le mieux les enjeux de l'heure et nous avons aussi tenu compte tout particulièrement des intérêts des étudiants. Ce séminaire a eu lieu à l'automne, et, pendant le trimestre du printemps, Sharon Nicklas et Orlando Da Silva ont révisé le mémoire. Ils vous parleront plus longuement de chacun des rapports de recherche. Mais tout d'abord, si vous me le permettez, je ferai quelques remarques liminaires.

L'étude que vous venez d'amorcer est très importante, car une bonne partie du travail qu'a accompli la Commission de réforme du droit du Canada au cours des 20 dernières années sera perdue si on ne fait pas avancer la réforme du droit pénal. L'adoption d'une nouvelle partie générale du Code criminel est une étape cruciale de ce processus. Vingt ans, cela peut sembler long, et nous en sommes encore à la réforme, mais la plupart des pays ont aussi consacré un temps considérable à l'élaboration d'un nouveau Code criminel. C'est un processus laborieux.

[Texte]

As you know, the U.S. federal government started the process of reforming the federal criminal law in 1966, and they are still trying to enact a code. England started the process through the Law Commission in 1968, and they are still at it. So I would suggest that you shouldn't be too discouraged that the process has taken a fair amount of time.

I would also urge that in your report you recommend that a federal body continue the work of criminal law reform. In my view, it is unfortunate that the Law Reform Commission of Canada was eliminated. I speak as one of the founding members of the Law Reform Commission. You might provide a very useful service if you looked at mechanisms to continue the process of reform, possibly looking at the suggestions that the Ouimet committee made in 1969 with respect to a committee or a commission devoted solely to the criminal law.

Of course much work still needs to be done after the general part, and possibly co-ordinated with the enactment of the general part is the necessity of enacting a new special part dealing with substantive offences. Important work has to be done on criminal procedure, and of course there's the whole area of corrections. Those four sections will make up a new criminal code for Canada.

Those are my introductory remarks. I will now ask Sharon Nicklas to tell you how she and Orlando Da Silva will proceed with the discussion.

Ms Sharon Nicklas (Faculty of Law, University of Toronto):
Thank you, Professor Friedland.

As we are all aware, the 1992 Canadian Criminal Code is, in essence, very similar to that which was first enacted in 1892. Since the 1892 code was basically a reduction of the existing law to an orderly written state, it was shaped by the past, not by purpose or principle. As a result, there is a great need for reform of the Criminal Code to meet the needs of today's society.

The students in Professor Friedland's advanced criminal law class believe that the Law Reform Commission of Canada has made great headway in drafting a criminal code that is based on the underlying purpose and principles of our criminal law. The Law Reform Commission has met its goals of comprehensiveness, simplicity, and systemization, particularly with respect to the proposed general part, as it is much more logical and coherent than that which is currently in the code.

• 1545

The papers that comprise this submission to the subcommittee were written in an effort to assist in refining the work of the Law Reform Commission of Canada and with the view to the enactment of a new criminal code in this the 100th year of the Canadian Criminal Code.

In the time you have generously awarded us, Orlando and I would like to highlight briefly the information found in six of the papers in this submission. Then we will answer any questions you may have regarding any of the papers in the

[Traduction]

Comme vous le savez, le gouvernement fédéral des États-Unis a amorcé le processus de réforme du droit pénal fédéral en 1966 et il tente encore de faire adopter le nouveau code. En Angleterre, le processus s'est enclenché en 1968 et il a été confié à la Commission du droit, qui poursuit encore ses efforts. Il a fallu beaucoup de temps pour parvenir jusqu'ici, mais ça ne devrait pas vous décourager.

Je vous exhorte aussi à recommander dans votre rapport qu'un organisme fédéral poursuive les travaux de réforme du droit pénal. À titre de membre fondateur de la Commission de réforme du droit, j'estime que la disparition de cette commission est regrettable. Il serait très utile que vous étudiez les différentes façons d'assurer la poursuite de la réforme, et notamment la possibilité de créer un comité ou une commission qui se consacreraient uniquement à l'étude du droit pénal, comme l'a suggéré le comité Ouimet en 1969.

Bien sûr, après l'adoption de la partie générale, il y aura encore beaucoup à faire, et il faudra peut-être coordonner l'adoption de la partie générale avec celle de la partie spéciale traitant des infractions substantielles. Les règles de procédure pénale devront faire l'objet d'une étude approfondie, tout comme le système correctionnel. Ensemble, ces quatre parties constitueront le nouveau Code criminel du Canada.

C'était là mes remarques préliminaires. Je demande maintenant à Sharon Nicklas de vous expliquer comment elle et Orlando Da Silva vous présenteront leur exposé.

Mme Sharon Nicklas (Faculté de droit, Université de Toronto): Merci, monsieur Friedland.

Nous savons tous que, essentiellement, le Code criminel canadien de 1992 ressemble beaucoup à celui qui a été adopté en 1892. Le code de 1892 consistait essentiellement en une codification ordonnée des lois existantes; il a donc été façonné par le passé, et non pas par des principes ou des objectifs précis. Par conséquent, il est devenu nécessaire de réformer le Code criminel pour répondre aux besoins de la société contemporaine.

Les étudiants qui ont suivi le cours de droit pénal avancé de M. Friedland estiment que la refonte du Code criminel a beaucoup progressé lorsque la Commission de réforme du droit du Canada a rédigé un projet de Code criminel fondé sur les principes et les objectifs de notre droit pénal. La Commission de réforme du droit a atteint ses objectifs en rédigeant un code, et plus particulièrement une partie générale, détaillée, simple et systématisée, beaucoup plus logique et cohérent que ne l'est le code actuel.

Le document que nous présentons au sous-comité est une synthèse des articles rédigés pour aider la Commission de réforme du droit du Canada à parfaire son travail en vue de l'adoption d'un nouveau code criminel en cette année où le Code criminel canadien fête son centenaire.

Dans le temps que vous nous avez généreusement imparti, Orlando et moi aimerions mettre en relief succinctement l'information qui figure dans six des documents qui constituent ce mémoire, après quoi nous répondrons aux

[Text]

submission. Orlando will be covering the topics of the mental element, the defences of intoxication, necessity and duress, and then I will present the highlights pertaining to corporate liability, omissions, and the defence relating to mental disorder.

[Translation]

questions que vous pourriez avoir à nous poser concernant l'un ou l'autre de ces documents. Orlando répondra aux questions relatives à l'élément mental ainsi qu'aux moyens de défense touchant l'intoxication, la nécessité et la contrainte morale; je me chargerai ensuite des questions concernant à la responsabilité des sociétés, les omissions et les moyens de défense liés aux troubles mentaux.

Mr. Orlando Da Silva (Faculty of Law, University of Toronto): Thank you for inviting us here to Ottawa to discuss this brief prepared by the advanced criminal law class under the supervision of Professor Friedland. On behalf of our classmates, we hope you will find it useful as you go through your important task of reforming the general part of the Criminal Code of Canada. At the very least we hope it encourages you to consider carefully the ideas proposed here by the Law Reform Commission and by other sources as you bring to Canada a new comprehensive criminal code.

To make the most effective use of our time, I propose that Sharon and I highlight particularly significant areas so you can focus particular intention on these, while we leave most of our time to deal with your specific questions. As Sharon said, I would like to focus on three important areas, namely the mental element by Alex Kurke, the defence of intoxication by Mary Jackson, and the defences of necessity and duress by Graeme Coffin.

Our objective is merely to highlight important areas for your consideration, and in particular to highlight those areas in which the LRCC proposals are rough around the edges. In so doing I hope our admiration for the process of recodification is clearly understood. Any concerns we may express merely reflect that the legislative product is clearly one of the most important statutes in Canada. As such, it behoves us to consider the LRCC's offer with a critical eye.

Turning to the mental element, there are three problems with the LRCC mental culpability section that we would like this committee to consider. First, the application section in paragraph 2(4)(a) of the Law Reform Commission's proposals, though designed to centralize moral blameworthiness in the criminal law and to obviate repetition, as well as to clarify the various meanings of *mens rea* terms, has resulted in a provision that loses simplicity, elegance and some certainty.

Alex Kurke argues that the process involved and the combined effect of the application section and the definition section are too complex and too cumbersome despite the added clarity the *mens rea* definitions provide. To slice through this complexity, the author proposes that Parliament adopt a mental culpability provision that parallels that of the American Law Institute's *Model Penal Code*, subsection 2.02(1). This provision provides:

M. Orlando Da Silva (Faculté de droit, Université de Toronto): Je vous remercie d'avoir bien voulu nous inviter à venir à Ottawa pour y discuter du mémoire préparé, sous la direction du professeur Friedland, par la classe de droit pénal avancé. Avec nos camarades, nous espérons que ce document vous sera utile dans l'accomplissement de cette œuvre importante qu'est la réforme de la partie générale du Code criminel du Canada. Nous espérons que ce document vous amènera à tout le moins à réfléchir aux idées exposées ici par la Commission de réforme du droit et par d'autres encore, dans le cadre de cette mission de préparation d'un nouveau Code criminel.

Pour tirer le meilleur parti de notre temps, je propose que Sharon et moi-même mettions l'accent sur certaines questions, afin de les porter plus particulièrement à votre attention, et que nous réservions la plus grande partie de notre temps à vos questions. Comme le disait Sharon, j'aimerais m'attacher à trois domaines importants, à savoir l'élément mental étudié par Alex Kurke, l'intoxication comme moyen de défense, étudiée par Mary Jackson, ainsi que la nécessité et la contrainte morale comme moyens de défense, étudiées par Graeme Coffin.

Nous voulons simplement mettre en relief certaines questions importantes, en particulier celles pour lesquelles les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada ne sont pas entièrement au point, sans que cela diminue en quoi que ce soit notre admiration pour le processus de recodification. Conscients de l'importance de la réforme de ce texte de loi fondamental de notre pays, nous devons examiner avec un esprit critique la proposition de la CRDC.

En ce qui concerne les conditions relatives à l'élément moral, l'article sur la culpabilité mentale proposé par la CRDC présente trois problèmes sur lesquels nous demandons au comité de se pencher. Tout d'abord, la disposition d'application de l'alinéa 2(4)a des propositions de la Commission de réforme du droit, bien que conçue pour regrouper tous les éléments du droit pénal concernant l'état d'esprit blâmable et pour éviter les répétitions ainsi que pour préciser les diverses formes de l'élément moral, a donné lieu à une disposition dépourvue de simplicité, d'élegance et de précision.

Alex Kurke estime qu'en raison du processus et de l'effet conjugué de l'article d'application et de l'article de définition, le texte est trop lourd et trop complexe, malgré la précision apportée par les définitions de l'élément moral. Pour élagger le texte, l'auteur propose que le Parlement adopte une disposition de culpabilité mentale parallèle à celle du *Model Penal Code* de l'American Law Institute, paragraphe 2.02(1), d'après laquelle:

[Texte]

a person is not guilty of an offence unless he or she acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.

The *Model Penal Code* then defines each of these four states of mind according to conduct, result and circumstances. When individual states of mind are required for elements of an offence, they are inserted directly into the definitions of individual offences. The benefit of such a scheme, apart from making the *mens rea* provisions simpler, is that it allows the definitions outlined in the general part to be employed with much greater precision in the special part, but if necessary, new levels of culpability could also be defined and implemented without the need to rework the cumbersome applications section.

[Traduction]

une personne n'est coupable d'un délit que si elle a agi à dessein, sciemment, de façon téméraire ou avec négligence, selon l'exigence de la loi, pour chaque élément matériel du délit.

Le *Model Penal Code* définit alors chacun de ces quatre états d'esprit selon la conduite, le résultat et les circonstances. Lorsque des états d'esprit individuels sont nécessaires pour les éléments d'un délit, ils sont ajoutés directement aux définitions des délits individuels. L'avantage d'une telle proposition est de simplifier les dispositions relatives à l'élément moral, mais également de permettre aux définitions énoncées dans la partie générale de s'appliquer avec une plus grande précision dans la partie spéciale. Le cas échéant, il est également possible de définir de nouveaux niveaux de culpabilité sans qu'il soit nécessaire de remanier de lourds et complexes articles d'application.

• 1550

The second problem. The LRCC does not uphold knowledge as a separate, discrete, definable state of mental culpability. Rather, it includes knowledge within the definition of purpose. But Alex Kurke points out that knowledge should be given due recognition rather than incorporating it as such, because purpose and knowledge are quite different. One may act knowing his or her conduct is criminal without desiring that criminal consequence. On the other hand, one may act for the purpose of committing that crime. The former is less culpable than the latter, but culpable all the same, and the law should recognize that.

The preservation of a distinction between knowledge and purpose would result in greater clarity of thought and avoid the awkward definition of purpose as including knowledge. As much as possible, a statute, to be effective, should be drafted in terms and conceptions similar...and clear to the people it serves. It's submitted that compression cannot stand in for clarity, and that indirect forms of thought, such as in defining mere knowledge as purpose, may well render the new Criminal Code, which is destined to be one of the most important of all federal statutes, unintelligible to Canadians.

The third problem. The Law Reform Commission of Canada has created a residual-rule provision that provides that where the definition of a crime is silent on the requisite mental state, the Crown must prove the accused person acted with criminal purpose. Given that most crimes specified in the special part of the Criminal Code do not indicate a particular level of *mens rea*, it can be inferred that the LRCC intends most crimes to be purpose crimes. However, recklessness about criminal consequences is also highly reprehensible in the eyes of most Canadians. To respond to this concern, Parliament should extend the residual rule to recklessness. Judges will no doubt punish reckless behaviour

Le second problème, c'est que la CRDC ne considère pas la connaissance comme étant un état distinct, séparé, définissable de l'élément moral, mais elle en fait l'un des éléments de la définition de «dessein». Mais Alex Kurke fait remarquer que la connaissance devrait être reconnue en tant que telle au lieu d'être associée à d'autres éléments, car il y a une grande différence entre le dessein et la connaissance. On peut agir en sachant qu'on a une conduite criminelle sans pour autant souhaiter les conséquences criminelles de son acte. D'autre part, il est possible d'agir aux fins de commettre un crime. Dans la premier cas on est moins coupable, que dans le second, et la loi devrait le spécifier.

Le maintien d'une distinction entre connaissance et dessein permettrait de clarifier les idées et d'éviter d'avoir à donner du dessein une définition maladroite qui inclut la connaissance. Pour être efficace, une loi devrait, dans toute la mesure du possible, comporter des termes et des notions semblables...et limpides pour ceux qu'elle sert. La concision ne devrait pas se faire aux dépens de la clarté, et si la pensée suit une voie détournée, l'orsqu'on assimile par exemple la connaissance et le dessein, on risque de rendre le nouveau Code criminel, destiné à devenir l'une des lois fédérales les plus importantes, inintelligible pour les Canadiens.

Le troisième problème, c'est que la Commission de réforme du droit du Canada a créé une disposition de règle résiduelle, selon laquelle, si la définition d'un crime ne mentionne pas l'élément moral requis, c'est à la Couronne de prouver que l'accusé a agi dans un dessein criminel. Compte tenu du fait que la plupart des crimes mentionnés dans la partie spéciale du Code criminel n'indiquent pas un niveau particulier d'élément moral, on peut en conclure que la CRDC entend faire de la plupart des crimes des crimes d'intention. Toutefois, la témérité au sujet des conséquences criminelles est également hautement répréhensible aux yeux de la plupart des Canadiens, et, compte tenu de ce fait, le

[Text]

less severely than purpose or knowledge. Such a rule would have the further advantage of requiring that higher culpability levels be stated explicitly when they are mandated for an offence.

I'd like to turn now to intoxication.

There are three problems with the current law of intoxication. First, the distinction between general-and-specific-intent offences is unclear and difficult to apply. Secondly, the exclusion of evidence of voluntary intoxication as a defence results in the departure from a subjective approach to *mens rea*. Thirdly, there is an unjust disparity in treatment of an accused who is in a state akin to automatism in comparison with that of an accused who is impaired to a lesser degree.

There is little doubt intoxicating substances produce changes in people's personalities that may result in a greater predisposition to engage in harmful activities. Alcohol intoxication may result in a relaxation of inhibitions in such a way as to increase an individual's likelihood to engage in violent behaviour.

Given this, the Law Reform Commission of Canada has proposed a general rule of voluntary intoxication which provides that lack of culpability owing to intoxication excludes liability. However, it has an important proviso that suggests that where the intoxication is the accused's fault, he or she is liable for committing that crime while intoxicated. In the case of murder, however, the commission provides that anyone who kills while intoxicated is liable for manslaughter.

According to Mary Jackson, these provisions represent a policy that is consistent with the interests and perspective of the Canadian public. Canadians are generally opposed to evidence of intoxication resulting in an acquittal. Accordingly, the LRCC's proposals specifically target the voluntarily intoxicated accused who may otherwise escape liability. The liability of the accused is based on the act of becoming voluntarily intoxicated and then committing a criminal offence. Such a policy would also deter individuals from engaging in such behaviour more effectively than other policy alternatives, because the act of becoming intoxicated is identified as the basis for finding criminal liability. The effect of the deterrent is only achieved if the behaviour to be deterred is sufficiently identified. The author therefore recommends that Canada adopt the provisions as recommended by the majority of the Law Reform Commission of Canada.

[Translation]

Parlement devrait étendre la règle résiduelle à la témérité. Les juges puniront certainement une conduite téméraire avec moins de sévérité qu'un acte intentionnel ou perpétré en toute connaissance de cause. Une telle règle aurait, en outre, l'avantage d'exiger que des niveaux d'intention coupable plus élevés soient spécifiquement établis quand ils sont considérés comme nécessaires pour qu'il y ait délit.

J'aimerais maintenant aborder la question de l'intoxication.

Les dispositions actuelles sur l'intoxication soulèvent trois problèmes. Tout d'abord, la distinction entre délits généraux et délits à intention spécifique est floue et difficile à appliquer. En second lieu, l'exclusion de la preuve d'intoxication volontaire comme moyen de défense a pour effet d'empêcher une détermination subjective de l'élément moral. En troisième lieu, il y a disparité injuste entre le traitement d'un accusé en état de quasi-automatisme et celui d'un accusé dans un moindre état d'incapacité.

Les substances toxicantes, cela ne fait guère de doute, causent des modifications de personnalité qui peuvent avoir pour effet de prédisposer ces personnes à des activités dangereuses. L'intoxication par l'alcool peut avoir pour effet de faire disparaître les inhibitions, de sorte que la personne risque davantage d'avoir un comportement violent.

Compte tenu de ces facteurs, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé une règle générale d'intoxication volontaire, d'après laquelle l'absence de culpabilité due à l'intoxication exclut la responsabilité. Elle a toutefois ajouté une disposition importante d'après laquelle, lorsque l'intoxication est due à l'accusé, ce dernier est responsable d'avoir commis le crime sous l'effet de l'intoxication. Dans le cas de meurtre, toutefois, la Commission propose que toute personne qui commet un crime sous l'effet de l'intoxication soit inculpée d'homicide.

D'après Mary Jackson, ces dispositions sont conformes à l'intérêt et à la mentalité du public canadien. Ce dernier est généralement opposé à un acquittement qui résulterait d'un moyen de défense axé sur l'intoxication. En conséquence, les propositions de la CRDC visent spécifiquement l'accusé qui s'est volontairement intoxiqué et qui autrement pourrait ne pas être considéré comme responsable. La responsabilité de l'accusé est basée sur le fait qu'il s'est volontairement intoxiqué et a ensuite commis un acte criminel. Une telle politique servirait aussi, mieux que d'autres, à dissuader les personnes de s'intoxiquer, car le fait de s'intoxiquer est l'élément déterminant de la responsabilité relative à un acte criminel. L'effet de dissuasion n'est obtenu que si le comportement que l'on veut empêcher est suffisamment identifié. L'auteur recommande donc que le Canada adopte les dispositions recommandées par la majorité des membres de la Commission de réforme du droit du Canada.

[Texte]

The problem with the existing criminal law in this area is that it is an ambiguous mixture of statute and judicial pronouncement and is unsatisfactory because it creates a distinction between necessity and duress that does not have a principle difference. Rather than focus on whether the force of events or threats made by persons compelled the accused to act, we should look instead to the motivations of the accused.

A principle distinction between the two defences would exist if duress was applicable to situations in which the actor has broken the law to protect himself and choice of evils or necessity was available when the accused has acted to protect others, including loved ones, from harm. This distinction is one between self-interest and altruism.

The existing law is, at best, ambivalent about the possibility of invoking a defence when the accused acted to protect property. Section 17 of the current Criminal Code rules out protection of property altogether as a basis for duress.

Provided the defence is, in such circumstances, available only when the accused's actions have met a test of proportionality, there seems to be no good reason to deny such a defence. Notably, however, a defence should never be available if the actor caused death or serious harm in order to protect the property. In any case in which a defence is invoked, it is important that the threat that prompted the act was objectively serious. However, the criminal law is generally concerned with the subjective motivation of an accused.

So the author proposes a compromise.

The actor must have subjectively believed in the existence of a threat that, if it was real, would be judged objectively serious. It is important, too, that an actor avail himself or herself of legal alternatives, including recourse to authority, before resorting to unlawful behaviour to avert a threat.

In the majority of cases, apart from those involving extreme threats, which are liable to fog judgment or break down self-control, the defence will be available only when there is proportionality between the harm caused and the harm averted.

Remembering, though, that the criminal law is generally concerned with the subjective motivations of the accused, the author proposes another compromise: that the defence be available when the accused objectively believed in a set of circumstances that, if real, would have created objective proportionality between the harm meant to be created and the harm meant to be avoided. Thus, an accused would not be deprived of a defence if in the throes of a perceived crisis he or she made an honest mistake as to either the nature of the threat or the consequences of his or her actions.

[Traduction]

La difficulté avec la législation actuelle en la matière, c'est qu'elle constitue un mélange ambigu de lois et de décisions judiciaires, et qu'elle n'est pas satisfaisante parce qu'elle crée une distinction entre nécessité et contrainte morale, qui n'est pas fondée sur un principe. Au lieu de nous attacher à découvrir si les événements ou les menaces ont été tels qu'ils ont amené l'accusé à agir, nous devrions nous attacher aux motifs de l'accusé.

Une distinction, fondée sur un principe, entre les deux modes de défense existerait si la contrainte morale s'appliquait à des situations dans lesquelles une personne a enfreint la loi pour se protéger et qu'un choix s'imposait, ou s'il y avait nécessité pour l'accusé de protéger d'autres personnes, y compris des proches. Cette distinction est celle qui existe entre l'égoïsme et l'altruisme.

La loi actuelle est, au mieux, ambivalente en ce qui concerne la possibilité d'invoquer une forme de défense lorsque l'accusé a agi pour protéger sa propriété. L'article 17 du Code criminel actuel exclut la protection de la propriété des motifs permettant d'invoquer la contrainte morale.

À condition que le moyen de défense ne puisse, dans de telles circonstances, être invoqué lorsque les actes de l'accusé ont satisfait à un critère de proportionnalité, il ne semble pas y avoir de raison valable de refuser un tel moyen de défense. Ce moyen de défense ne devrait cependant jamais être valable si la personne a causé la mort ou de graves blessures afin de protéger sa propriété. Dans tous les cas où un tel moyen de défense est invoqué, il importe que la menace qui a déclenché cet acte soit objectivement grave. Le droit pénal examine toutefois, d'une façon générale, les motifs subjectifs de l'accusé.

L'auteur propose donc un compromis.

La personne doit avoir subjectivement cru à l'existence d'une menace qui, si elle était réelle, aurait été jugée objectivement grave. Il est important également que la personne cherche d'autres voies de recours légales, y compris le recours à l'autorité, avant d'adopter un comportement illégal pour écarter une menace.

Dans la majorité des cas, à part ceux comportant des menaces très graves de nature à brouiller le jugement ou à ébranler la maîtrise de soi, le moyen de défense ne devrait être valable que s'il y a un certain rapport entre le dommage causé et le dommage évité.

Si l'on tient compte toutefois du fait que le droit pénal se préoccupe généralement des motifs subjectifs de l'accusé, l'auteur propose un autre compromis: que le moyen de défense soit valable lorsque l'accusé considère objectivement que certaines circonstances, si elles avaient été réelles, auraient créé un rapport objectif entre les dommages qu'il avait l'intention de causer et les dommages qu'il avait l'intention d'éviter. Ainsi, un accusé ne serait pas privé d'un moyen de défense si, en situation de crise ressentie, il s'était trompé de bonne foi sur la nature de la menace ou sur la conséquence de ses actions.

[Text]

Finally, there is a question of whether the defences should provide a justification or an excuse. The author believes that in general duress, the promotion of self-interest at the expense of society, should provide an excuse, while choice of evils, the attempted minimization of harm to society at large, should provide a justification.

Sharon would like to speak to you now about corporate liability, omissions, and mental disorder.

Ms Nicklas: I would first like to deal with corporate liability, which is found at page 85 of our brief. The author of the paper relating to corporate liability, Peter Lawson, supports the work of the Law Reform Commission of Canada in this area. Provisions are simple, flexible, and yet expansive as compared to those proposed in the United States and the United Kingdom. In particular, the author supports the alternative provision as found at page 90 of our brief.

This provision jettisons the notion that corporate liability must be conditional on individual culpability. For example, in a situation where one director has committed the *actus rea* and another had the *mens rea* of the offence, using the alternative provision this corporation would be held accountable for its actions.

• 1600

Therefore, the alternative provision is more in tune with the realities of the fragmentation of the modern-day corporation. The inclusion of the alternative provision in the general part of the Criminal Code would be an important first step in relation to corporate liability. Other issues must also be considered, though.

First, should liability be extended to unincorporated associations, such as trade unions? Second, once a provision is included in the general part, what amendments must be made in the special part? One must ensure that the corporation is not immune from any existing crimes, and there may also be a need to add new crimes, such as the crime of industrial pollution. Corporate liability must be complemented by a hierarchy of crimes attuned to the real capabilities of corporations.

Third, there must be appropriate sanctions, as sanctions are really the tail that wags the dog of corporate criminal liability. The author feels that fines are inadequate. Instead, many other sanctions would be more appropriate, such as punitive injunctions, corporate probation, community service orders, adverse publicity orders, compensation payments, delicensing, and outright nationalization. The impact of these alternative sanctions could be deterrence, rehabilitation, and retribution.

I'd now like to turn to omissions, which is found at page 9 of our brief and is written by Alex Colvin. He has thoroughly analysed the Law Reform Commission of Canada's proposals.

[Translation]

Enfin, il faut savoir si les moyens de défense devraient fournir une justification ou une excuse. L'auteur considère qu'en cas de contrainte morale, la protection de soi aux dépens de la société devrait fournir une excuse, alors que le choix entre deux maux, la tentative de réduire au minimum le danger pour la société dans son ensemble, devrait fournir une justification.

Sharon voudrait vous parler maintenant de responsabilité des personnes morales, d'omissions et de troubles mentaux.

Mme Nicklas: Je voudrais tout d'abord traiter de la responsabilité des personnes morales, que vous trouverez à la page 85 de notre mémoire. L'auteur de cet article, Peter Lawson, appuie sur ce point les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada. Les dispositions sont simples, souples mais générales, par rapport à celles proposées par les États-Unis et le Royaume-Uni. L'auteur appuie en particulier la disposition subsidiaire énoncée à la page 90 de notre mémoire.

Cette disposition écarte la notion selon laquelle la responsabilité d'une personne morale a pour condition la responsabilité individuelle. C'est ainsi que dans une situation où un directeur aurait commis l'acte coupable et un autre avait l'intention coupable, cette personne morale, en invoquant la disposition subsidiaire, serait considérée comme responsable de ses actions.

Par conséquent, la disposition subsidiaire correspond davantage aux conditions que crée la fragmentation de l'entreprise moderne. L'inclusion de la disposition subsidiaire dans la partie générale du Code criminel serait un premier pas utile en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales. Il faudrait néanmoins tenir compte d'autres questions.

D'abord, est-ce que la responsabilité devrait être étendue aux associations qui ne sont pas constituées en corporation, comme les syndicats? Deuxièmement, une fois qu'une disposition est incluse dans la partie générale, quelles modifications doivent être apportées à la partie spéciale? Il faut s'assurer que la personne morale n'est pas à l'abri de toutes accusations relatives à des crimes existants, et il peut aussi falloir ajouter de nouveaux crimes, comme le fait de se rendre coupable de pollution industrielle. La responsabilité des personnes morales doit avoir comme pendant une gradation de crimes, qui tienne compte des capacités réelles des personnes morales.

Troisièmement, il faut des sanctions appropriées, car les sanctions doivent correspondre à la responsabilité des personnes morales. L'auteur estime que les amendes ne sont pas appropriées. De nombreuses autres sanctions conviendraient davantage. On songe par exemple à des injonctions punitives, à des mesures de probation imposées aux personnes morales, à des ordonnances de service communautaire, à des ordonnances de publicité préjudiciables, aux versements d'indemnités, aux retraits de permis et à la nationalisation pure et simple. Ces autres sanctions pourraient avoir un effet de dissuasion, de réadaptation et de rétribution.

J'aimerais maintenant parler de la question des omissions, dont on traite à la page 5 de notre mémoire, dans la partie rédigée par Alex Colvin. Il a examiné à fond les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada.

[Texte]

Mr. Colvin supports the inclusion in the Criminal Code of a general rule that omissions do not attract liability unless there is some legal duty to act. The Law Reform Commission has drafted this rule in a clear and concise manner as found on page 12 of our brief.

The author also supports the inclusion of a list of exceptions to this rule so that the Canadian people know the duties incumbent upon them. The Law Reform Commission proposal is supported with one exception, which is a new duty—a duty to those in shared hazardous enterprises. The author suggests that this could be covered by the duty to carry out undertakings—undertakings, given or assumed.

If the undertaking can't be assumed, then the duty is equivalent to the duty to rescue without any special relationship to justify it. With respect to the duty to rescue, the Law Reform Commission has proposed its inclusion in the special part. The author suggests that this should also be included in the list, in the general part, if it is to become part of our criminal law.

However, the author suggests that this duty not become part of our criminal law. People should be encouraged to rescue others, but alternative means could be used to do so. Why is this? Because one can infer a vindictive state of mind with respect to criminal acts; however, one can't infer a vindictive state of mind for omissions. It may purely be human weakness.

Report 31 of the Law Reform Commission includes the defence of physical impossibility for allegations of an omission. Mr. Colvin finds that this is very redundant, as it really is equal to a lack of the *actus reus* for the crimes of omission. Also, this defence is restrictive, as it may suggest that there would be no defence of impossibility arising where one could not perform because of a psychological condition.

I'd now like to deal with the defence of mental disorder, which is found at page 39 of our brief. Recently the legislature has made changes to the dispositional provisions relating to those found not guilty by reason of mental disorder. However, the substance of the defence has not changed since the code was enacted in 1892.

Let's look at the substance of the provision. Section 16 exempts those from criminal liability who have a mental disorder, which was formerly a disease of the mind, and who exhibit one of two symptoms of a defect of reason. The substance of the Law Reform Commission of Canada's and the Department of Justice's recommendations is basically the same as that found in today's Criminal Code. Is this formulation satisfactory? In my view it is not, for three reasons.

[Traduction]

M. Colvin est en faveur de l'inclusion dans le Code criminel d'une règle générale, selon laquelle les omissions n'entraîneraient pas de responsabilité, sauf dans les cas où il y aurait une certaine obligation légale d'agir. La Commission de réforme du droit a rédigé cette règle de façon claire et concise, règle qui figure à la page 12 de notre mémoire.

L'auteur souscrit à l'inclusion d'une liste d'exemptions à cette règle afin que les citoyens canadiens sachent ce qu'on attend d'eux. La proposition de la Commission de réforme du droit est acceptée, à une exception près, soit en ce qui concerne une nouvelle obligation—une obligation faite à ceux qui participent à des entreprises dangereuses. L'auteur estime que cela pourrait être inclus dans l'obligation de mener à bien des entreprises—des entreprises réelles ou supposées.

Si l'on ne peut pas supposer l'existence d'une entreprise, alors l'obligation équivaut au devoir de porter secours sans que l'existence d'une relation spéciale le justifie. Pour ce qui est de l'obligation de porter secours, la Commission de réforme du droit a proposé de l'inclure dans la partie spéciale. L'auteur suggère de l'inclure également dans la liste, dans la partie générale, si cela doit faire partie de notre droit pénal.

Toutefois, l'auteur suggère que cette obligation ne soit pas incluse dans notre droit pénal. Les gens doivent être incités à porter secours aux autres, mais, pour ce faire, il faudrait utiliser d'autres moyens pour les y inciter. Pourquoi? Parce qu'on peut supposer un désir de vengeance dans la commission d'actes criminels; cependant, on ne peut pas supposer un esprit de vengeance dans le cas des omissions. Les omissions peuvent être dues tout simplement à une faiblesse humaine.

Le rapport 31 de la Commission de réforme du droit inclut l'incapacité physique comme moyen de défense dans le cas des allégations d'omission. M. Colvin estime que c'est très redondant, et que cela équivaut au fond à l'absence d'acte coupable pour les crimes d'omission. En outre, ce moyen de défense est restrictif, car il peut donner à entendre qu'on ne pourrait invoquer l'impossibilité comme moyen de défense quand on a été empêché d'agir en raison d'un état psychologique.

J'aimerais maintenant parler de l'aliénation mentale comme moyen de défense, sujet dont on traite à la page 39 de notre mémoire. Récemment, le législateur a modifié les dispositions concernant les décisions dans le cas de ceux qui sont reconnus non coupables en raison de troubles mentaux. Toutefois, le fond de la défense n'a pas changé depuis l'adoption du code en 1892.

Examinons le fond de la disposition. L'article 16 dispose que ne peut être reconnue coupable d'un acte criminel une personne atteinte d'aliénation mentale, on parlait autrefois de maladie mentale, et qui présente un des deux symptômes qui révèlent un problème de raisonnement. fLes recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada et du ministère de la Justice correspondent essentiellement à ce qu'on trouve dans le Code criminel en vigueur. Ce libellé est-il satisfaisant? À mon avis, il ne l'est pas, et ce, pour trois raisons.

[Text]

[Translation]

• 1605

For the first reason, one needs to look at the principles behind our criminal law. We assess guilt in criminal law using the criteria of responsibility and blameworthiness. Responsibility assumes that humans are rational and autonomous, that one can reason right from wrong, and that one has the capacity to choose between them.

Our current law and the legislation proposed by the Law Reform Commission can only be used by those who are incapable of rational thought and cannot be used by someone who is capable of rational thought but who cannot conform his or her actions with this knowledge. What should be the mental disorder defence to be consistent with these principles of criminal law? I propose that a volitional arm be added to the test. The Law Reform Commission of Canada included this volitional arm in its 1982 report on the general part, but preferred to exclude this because it felt it would exculpate psychopaths too readily. However, in Australia many states have included a volitional arm to the test. In the United States the American Law Institute included such an arm in its test, which is found in the *Model Penal Code*. Many states adopted this test. However, after the acquittal of John Hinckley, this arm was rejected because there was evidence that it was difficult for a jury to distinguish between an impulse that could not be resisted versus one that was not resisted. To be consistent with the principles of criminal law we have in this country, I believe we should trust juries and include a volitional arm. The legislation I propose is found on page 44 of the brief.

Premièrement, il faut examiner les principes qui sous-tendent notre droit pénal. En droit pénal, nous évaluons la culpabilité en tenant compte du critère de responsabilité et du fait qu'on mérite d'être blâmé. Pour parler de responsabilité, il faut supposer que les êtres humains sont rationnels et autonomes, qu'ils peuvent distinguer le bien du mal et qu'ils sont capables de choisir entre les deux.

La loi en vigueur et celle qui est proposée par la Commission de réforme du droit ne peut être invoquée que par ceux qui sont incapables de penser de façon rationnelle; elle ne peut pas être invoquée par quelqu'un qui est capable de penser de façon rationnelle mais qui ne peut pas agir en conséquence. En quoi devrait consister l'aliénation mentale comme moyen de défense pour être conforme à ces principes sur lesquels repose le droit pénal? Je propose d'ajouter aux critères la notion de capacité de vouloir. La Commission de réforme de droit a inclus cette notion de capacité de vouloir dans son rapport de 1982 sur la partie générale, mais elle a préféré l'exclure parce qu'elle estimait qu'on innocenterait ainsi trop facilement des psychopathes. Toutefois, en Australie, de nombreux États ont ajouté aux critères la notion de capacité de vouloir. Aux États-Unis, l'American Law Institute a inclus cette notion dans son critère, comme le montre le *Model Penal Code*. De nombreux États ont adopté ce critère. Cependant, après l'acquittement de John Hinckley, cette notion a été rejetée parce qu'on a montré qu'il était difficile pour un jury de distinguer un élan auquel on ne pouvait résister d'un élan auquel on n'a pas su résister. Pour se conformer aux principes qui sous-tendent le droit pénal canadien, je crois que nous devrions faire confiance aux jurés et inclure une notion de capacité de vouloir. La mesure législative que je propose se trouve à la page 44 du mémoire.

La deuxième raison pour laquelle j'estime que le libellé actuel est insatisfaisant tient au fait que l'actuel moyen de défense ne permet qu'à ceux qui ont de très graves déficiences d'être entièrement exonérés de toute responsabilité criminelle. Le choix à faire entre le verdict de «culpabilité» et le verdict de «non-culpabilité en raison d'un trouble mental» ne tient pas compte du fait que les troubles mentaux font partie d'un continuum. On peut soutenir qu'on ne pourrait continuer d'inciter la communauté à respecter le droit pénal que si l'on graduait la peine en fonction de la turpitude morale.

Au Canada, la preuve de l'existence d'un trouble mental, abstraction faite de l'aliénation mentale, dont il était autrefois question, peut empêcher de tenir compte de l'élément mental dans le cas de certaines infractions intentionnelles, ce qui permettrait d'atténuer le chef d'accusation de manière que celui-ci ait trait à une infraction incluse moindre. Toutefois, si le chef d'accusation n'a pas trait à une infraction intentionnelle précise, la preuve ne se rapporte alors qu'au trouble mental. Cela semble illogique.

Il y a également la disposition sur l'infanticide, qui est une excuse partielle dans le cas des femmes qui peuvent souffrir de troubles mentaux. Cependant, je propose que, pour être cohérent, nous ayons une excuse partielle pour les

The second reason I believe the formulation we have at present is unsatisfactory is that the present defence only allows those with very severe impairments to be fully excused from criminal liability. The stark choice between "guilty" and "not criminally responsible by reason of mental disorder" doesn't reflect the fact that mental disorders range along a continuum. It is arguable that we could only maintain community respect for the criminal law if we grade condemnation according to moral turpitude.

In Canada, evidence of mental disorder, short of insanity, which we formally used, may negate the mental element for specific intent offences, reducing the charge to a lesser included offence. However, if the charge is not of a specific intent offence, the evidence only goes to mental disorder. This appears illogical on its face.

We also have the infanticide provision, which is a partial excuse for women who may be suffering from mental disturbances. However, I propose that for consistency we should have a partial excuse for men and women with

[Texte]

compelling mental disturbances. A partial excuse that I have used as a model is found in the United States known as the "guilty but mentally ill" verdict. The legislation that I've proposed is found on page 44. You may wish to note that in the footnotes there are provisions that relate to the disposition of those who meet the test for the partial excuse.

The third and final reason that I believe our formulation is inadequate is that not all of the relevant procedural and evidentiary provisions are codified pertaining to the defence. At present the presumption of sanity is codified in subsection 16.(2) and the burden of proof is found in subsection 16.(3). It is recommended that these provisions be retained. However, when the accused and the prosecutor may raise the mental disorder defence, I propose legislation on page 45 that is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Swain*.

Although the recommended test for mental disorder is not significantly different from the present mental disorder defence, it is believed that the exemption and partial exemption proposed are more consistent with the principles of criminal law and are an enlightened approach to dealing with mentally ill offenders.

• 1610

The Chairman: Thank you very much.

Professor Friedland, is it your intention to submit a brief to the committee some time over the summer in your own right, or have you thought about it?

Prof. Friedland: I hadn't intended to submit a brief. In fact, as it turns out, this brief contains many of the ideas I would have put forward to the committee. For example, to me the crucial question you're going to have to deal with is the issue of the categories for the *mens rea* element. I agree with the paper that was presented on that. The existing provisions the Law Reform Commission has recommended, which are purpose, recklessness, and negligence, without mentioning knowledge, create confusion. As Orlando Da Silva said, why shouldn't we have those four very useful categories, which the ALI has used and many American codes have used? That's one of the points I would have stressed. We should abandon the three categories and use the four very useful categories that have proved very effective in the American codes.

That's just an example. I could give you other examples of important areas I would have stressed myself.

The Chairman: Well, you must be very proud of the students, because the papers are first-rate and will be very helpful to us. Mr. Rosen, from the Library of Parliament, our chief research officer, is very impressed with them as well.

[Traduction]

hommes et les femmes qui ont des troubles mentaux qu'ils ne peuvent pas dominer. Je me suis servi d'un modèle d'excuse partielle qui vient des États-Unis où l'on parle d'un verdict où l'inculpé est reconnu «coupable» mais «atteint de maladie mentale». La mesure législative que je propose se trouve à la page 44. Je vous souligne que les notes en bas de page contiennent des dispositions qui ont trait à la décision qui est prise dans le cas de ceux qui satisfont aux critères de l'excuse partielle.

La troisième et dernière raison pour laquelle j'estime que le libellé actuel n'est pas approprié tient au fait que les dispositions pertinentes relatives à la procédure et à la preuve ne sont pas toutes codifiées en fonction du moyen de défense. Actuellement, la présomption que l'inculpé est sain d'esprit est formulée au paragraphe 16.(2), et il est question du fardeau de la preuve au paragraphe 16.(3). On recommande de conserver ces dispositions. Cependant, quand le prévenu et le procureur invoquent les troubles mentaux comme moyen de défense, je propose la mesure législative qui se trouve à la page 45 et qui est conforme à la décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans l'affaire la Reine c. *Swain*.

Bien que le critère recommandé dans le cas des troubles mentaux ne soit pas très différent du moyen de défense qu'on peut actuellement invoquer dans le cas de troubles mentaux, on estime que l'exemption et l'exemption partielle qui sont proposées sont plus conformes aux principes qui sous-tendent le droit pénal et témoignent d'une approche éclairée du problème que posent les contrevenants ayant des troubles mentaux.

Le président: Merci beaucoup.

Monsieur Friedland, avez-vous l'intention de présenter un mémoire au comité, à titre personnel, au cours de l'été? Avez-vous envisagé cette possibilité?

M. Friedland: Je n'avais pas l'intention de le faire. En fait, il se trouve que ce mémoire contient un grand nombre des idées que j'aurais exposées au comité. Par exemple, la grande question que vous devrez vous poser est celle des catégories d'élément moral. Je suis d'accord sur les propositions contenues dans le document qui a été présenté à ce sujet. Les dispositions qu'a recommandées la Commission de réforme du droit, qui ont trait au dessein, à la témérité et à la négligence, sans qu'il soit fait mention de la connaissance, sont une source de confusion. Comme l'a dit Orlando Da Silva, pourquoi n'aurions-nous pas ces quatre catégories très utiles, celles que l'American Law Institute utilise et que de nombreux codes américains utilisent également? C'est une des choses que j'aurais soulignée. Nous devrions renoncer aux trois catégories pour n'utiliser que les quatre catégories très utiles qui ont déjà prouvé leur efficacité dans les codes américains.

Ce n'est là qu'un exemple. Je pourrais vous donner d'autres exemples de points importants sur lesquels j'aurais pour ma part insisté.

Le président: Vous devez être très fier de ces étudiants, car ce sont là d'excellents documents qui nous seront très utiles. M. Rosen, de la Bibliothèque du Parlement, notre principal attaché de recherche, est très impressionné par la qualité de ce travail.

[Text]

Professor Friedland, again, more of a general point. As you recognize, we're the three parties here. We're trying to take the framework document the department has prepared. . it relies on the Law Reform Commission and other inputs. We then have to go back to our own caucuses at some point and try to explain this before a caucus in 15 minutes, to get their approval. Then we have to come back and do a report that will lead to a bill that will then go through the regular second-reading and legislative committee process. Do you have any advice from studying other jurisdictions on how we can, in a practical way, get this through the legislative process, which involves parties and very powerful special-interest groups out there? For example, on corporate liability, I could see chambers of commerce coming in, and I could see other groups—the Canadian Civil Liberties Association—coming in; all sorts of special-interest groups. How do you cope with that divergence of view?

[Translation]

Monsieur Friedland, j'aimerais revenir sur un point d'ordre général. Comme vous le constatez, les trois partis sont ici présents. Nous essayons d'examiner le document-cadre que le ministère a rédigé. . il s'appuie sur le travail de la Commission de réforme du droit et d'autres intéressés. Nous devons ensuite nous présenter à chacun de nos caucus pour essayer d'y expliquer en 15 minutes de quoi il retourne, car il nous faut l'approbation de nos caucus. Puis, nous devons revenir, rédiger un rapport qui donnera lieu à un projet de loi qui sera ensuite soumis à l'étape de la seconde lecture et du processus d'étude par un comité législatif. Pour avoir étudié d'autres juridictions, avez-vous des conseils à nous donner quant à la façon dont nous pourrions, sur le plan pratique, mener à bien ce processus législatif, auquel participent différents partis ainsi que de très puissants groupes d'intérêts spéciaux? Par exemple, au sujet de la responsabilité des personnes morales, des représentants de chambres de commerce pourraient comparaître, ainsi que d'autres groupes—par exemple, l'Association canadienne des libertés civiles; il y aurait toutes sortes de groupes d'intérêts spéciaux. Comment peut-on s'accommoder de toutes ces vues divergentes?

Prof. Friedland: That's a very important question. When I said the Americans had started this process in 1966 and they still haven't produced legislation, that's because in a document as complex as a criminal code, with so many important provisions in it that affect people's daily lives, you are going to find the various interest groups object to particular provisions and it's very difficult to get a consensus that this is a desirable document. That's what happened in the United States.

It may be that one of the ways you should approach it is to recommend it be done in stages. By chance, that happens to be the process you're engaged in. You're looking at the general part, which is controversial but may not be as controversial as some of the other provisions on procedure.

M. Friedland: Voilà une grande question. Quand j'ai dit qu'aux États-Unis, on avait entrepris ce processus en 1966, et qu'on n'avait toujours pas produit de texte législatif, c'est en raison du fait que dans un document aussi complexe que le Code criminel, qui contient tant de dispositions qui influent sur la vie quotidienne des gens, on se trouve toujours face à des groupes d'intérêts divers qui s'opposent à certaines dispositions, et il est très difficile d'en arriver à un consensus, de décider qu'on a en main un document satisfaisant. C'est ce qui s'est produit aux États-Unis.

Peut-être que l'une des façons de vous y prendre consisterait à recommander de procéder par étapes. Heureusement, c'est ainsi que vous procédez. Vous examinez la partie générale, qui est la partie qui prête à controverse, mais elle n'est peut-être pas aussi controversée que certaines autres dispositions sur la procédure.

• 1615

It may be that the enactment of the general part should be enacted and not proclaimed, because you may not want to proclaim it until the special part is enacted because the two are very closely related. That's one approach, a gradual implementation of a code by getting it through the legislative process and not proclaiming it until a whole series of enactments can be proclaimed.

Another piece of advice that I might give, and I am giving this advice because, as you probably know, I have studied the history of codification and have examined why the code didn't go through in England in 1880 and what happened to other competing codes at the time, is that there is a danger in trying to reform too much of the law at the same time you are restating the law.

For example, in the area that you mention, corporate liability, our group liked what the Law Reform Commission had proposed. It's very close to what the Supreme Court of Canada had suggested in the dredging case. It isn't a major

Il faudrait peut-être adopter et non pas proclamer la partie générale, car on ne voudra peut-être pas la proclamer avant que la partie spéciale ne soit pas adoptée, car les deux parties sont très étroitement liées. C'est une approche—une mise en vigueur progressive du code par voie législative, sans procéder à une proclamation avant de pouvoir proclamer plusieurs lois en même temps.

Un autre conseil que je pourrais offrir, et si je vous donne ces conseils, c'est que j'ai étudié l'histoire de la codification, et que j'ai examiné les raisons pour lesquelles le code n'a pas été adopté en Angleterre en 1880. J'ai également examiné ce qui s'est passé dans le cas d'autres codes qui étaient en concurrence à l'époque. Si on essaie de présenter trop de modifications en même temps, il y a un danger de répéter ce qui est déjà prévu dans la loi.

Par exemple, dans le domaine que vous avez mentionné, la responsabilité des personnes morales, notre groupe a bien aimé la proposition de la Commission de réforme du droit. Elle est très semblable à ce que la Cour suprême du Canada

[Texte]

change in the criminal law. The only change that Orlando suggested was to create liability, even though you couldn't pinpoint liability in one person because liability might be spread amongst several people. It would be wise, if you think that the provision is a good one, not to reach too far in recommending changes.

I have seen a number of codes that have had real problems, and another piece of advice is to deliberately leave out the extremely controversial provisions. There is an obvious example that you will want to think very carefully about whether you would include in a bill in the special part, a particular provision on abortion. If you do it, it will be very difficult to get the special part through.

In drafting your plan of action, you might think about ways of leaving the very controversial provisions to one side. Obviously you will want to take in exactly the form in which they have been recently enacted. I gather that today the rape shield law is being discussed at third reading. If that goes through, you wouldn't want to reinvent that, because you might want to leave that as it is, and say that you are doing that and say that the process of change can come at a later point.

The staging of legislation and what you don't cover might make it possible to bring forward a Criminal Code. Certainly we are not going to have it by 1993, which is the 100th anniversary of the implementation of the old one.

The Chairman: I became enamoured of the project when Senator Flynn announced it in 1979. That was so long ago I even had hair.

Some hon. members: Oh, oh.

The Chairman: It was understandable why he, in 1979, standing before the Canadian Bar Association called it an accelerated review, but events have proven that it wasn't quite as accelerated as he had anticipated.

I believe your idea of us being able to present it to our own caucuses with a division as to what is just a statement of the law as is, compared to making new law, will be very helpful to us.

Prof. Friedland: I might mention one area that I think is crucial to your deliberations, but I have not seen it discussed in any of the public discussions of codification. That's the point Orlando made about the default provision for *mens rea*.

In the Law Reform Commission's proposal they recommend that if nothing is said about *mens rea*, the default provision should be purpose, which is the very highest category of *mens rea*. In our brief, we suggest the default provision be recklessness, as does the American Law Institute.

[Traduction]

a suggéré dans l'affaire de dragage. Il ne s'agit pas d'une modification importante au droit pénal. Le seul changement proposé par Orlando, c'était de créer une responsabilité, même si on ne pouvait pas attribuer la responsabilité à une seule personne, car elle pourrait être répartie entre plusieurs personnes. Si on estime que la disposition est bonne, il serait sage de ne pas aller trop loin dans les modifications recommandées.

J'ai vu un certain nombre de codes qui présentent de véritables problèmes. Un autre conseil, c'est de laisser tomber délibérément les dispositions sujettes à énormément de controverse. Il y a un exemple évident d'une telle disposition—celle sur l'avortement. Il faudrait réfléchir très soigneusement à la question de savoir si oui ou non elle devrait faire partie d'un projet de loi sur la partie spéciale. Si on procède de cette façon, il sera très difficile de faire adopter la partie spéciale.

En préparant votre plan d'action, vous pourriez envisager des façons de laisser de côté des dispositions qui prêtent à beaucoup de controverse. De toute évidence, il faudrait inclure les dispositions dans la forme qui vient d'être récemment adoptée. Je crois savoir que le projet de loi sur l'agression sexuelle est débattu en troisième lecture aujourd'hui. Si le projet de loi est adopté, il ne faudrait pas le réinventer, il faudrait le laisser tel quel, et dire qu'on procède de cette façon car les modifications pourront se faire plus tard.

Il sera peut-être possible d'établir un code criminel si on procède par étapes et si on laisse tomber certaines dispositions. Nous n'allons pas avoir un nouveau code d'ici à 1993, année qui marquera le 100^e anniversaire de la mise en vigueur de l'ancien code.

Le président: Le projet m'a enchanté lorsque le sénateur Flynn l'a annoncé en 1979. C'était il y a si longtemps que j'avais toujours des cheveux.

Des voix: Oh, oh!

Le président: On peut comprendre pourquoi il a dit en 1979 devant l'Association du Barreau canadien qu'il s'agissait d'un examen accéléré. Cependant, on sait maintenant que l'examen n'a pas été aussi rapide qu'il l'avait prévu.

Je pense que votre idée de faire la distinction, lors de notre présentation aux caucuses, entre la loi actuelle et la nouvelle loi, nous sera très utile.

M. Friedland: J'aimerais mentionner un domaine qui, à mon avis, est crucial pour vos travaux, mais qui, à ma connaissance, n'a pas fait l'objet des discussions publiques au sujet de la codification. C'est là le sens de la remarque qu'a faite Orlando au sujet de la disposition implicite relative à l'intention coupable.

La Commission de réforme du droit recommandait dans sa proposition que, quand le Code ne dit rien au sujet de l'intention coupable, le crime devrait avoir été commis à dessein, ce qui correspond au degré le plus élevé d'intention coupable. Dans notre mémoire, nous proposons plutôt d'adopter la témérité comme disposition implicite, comme le fait l'American Law Institute.

[Text]

The reason it's crucial is that as a practical matter, even though you might have a special part of the Criminal Code enacted at the same time as the general part, it's very unlikely you will re-enact the Income Tax Act and the Customs Act and the various other acts that have important criminal offences. As a result, the default provision will start applying to those acts. When people realize the default provision is one of purpose, a very high provision, there'll be a great deal of opposition to the enactment of any legislation that will require such a high mental element.

The reason I say it's important is this. I mentioned the U.S. federal criminal code. Throughout the 1970s it was being buffeted back and forth between the right—Nixon had his own code—and then the left, and it was getting nowhere. At the end of the 1970s, a group in the Senate and the House said, we have to have a new federal criminal code. So each body prepared a draft based on what was called the “Brown code”, which started in 1966.

At the end of the day they produced two criminal codes. As you know, as was the practice, they had a meeting between the two bodies to thresh out the differences. They could agree on everything but one provision. That provision was what is the default element, the default *mens rea* provision, if nothing is stated? The Senate wanted it to be recklessness. The House wanted it to be knowledge. Because they couldn't agree on that, the code still hasn't been enacted.

So anything as important as that is something you have to pay very careful attention to. In our brief, we say purpose is much too high. What you have to decide is whether it should be knowledge or recklessness. It may be wise to pick the concept of recklessness as the default provision, which tends to be the common law right now. If Parliament wants a higher provision, it should put it specifically into the legislation.

Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): First of all, I really appreciate the briefs. They are very well done and I compliment you on everything. Perhaps you could pass that on to your classmates. They are very good briefs.

About the default provision, that also would be a reason why a general part wouldn't be enacted. Surely in the special part there must be some offences that might not be clear on whether you have to show recklessness or purpose or what. Is that correct?

Prof. Friedland: That's exactly correct. When you're doing the special part, you want to figure out the specific offences, what *mens rea* provisions you want in the light of the definitions you've provided in the general part. I think the Law Reform Commission of Canada, if it still existed, would say to you in fact they didn't work that out as carefully as they would have liked. They're unsure how their definitions would have applied to the so-called special part. But that's a good reason why you might not want actually to enact the general part until you have at least done the major parts of the special part.

[Translation]

Si cette question est tellement importante, c'est que dans la pratique, même si une partie spéciale du Code criminel est adoptée en même temps que la partie générale, il est fort peu probable que la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur les douanes et les diverses autres lois qui portent sur d'importantes infractions criminelles soient révisées par la même occasion. Par conséquent, cette disposition implicite commencera à s'appliquer à ces lois. Quand les gens se rendront compte qu'il doit y avoir dessein, ce qui est très restrictif, l'adoption de toute loi exigeant la présence d'un élément moral de cette nature suscitera beaucoup d'opposition.

Si je dis que c'est important, c'est pour la raison suivante. J'ai déjà parlé du Code criminel fédéral américain. Tout au long des années 70, il a été ballotté entre la droite—Nixon avait son propre code—and la gauche, rien n'a été fait. À la fin des années 70, un groupe de Sénateurs et de membres de la Chambre des représentants a décidé qu'il fallait un nouveau Code criminel fédéral. Donc, chacune des Chambres a préparé un avant-projet fondé sur ce qu'on appelait le «code Brown» entrepris en 1966.

En définitive, deux codes criminels ont été proposés. Comme vous le savez, les deux Chambres se sont réunies selon leur habitude pour essayer d'en arriver à une version unique. Leurs représentants se sont entendus sur tous les points, sauf un, celui de la disposition implicite relative à l'intention coupable, quand rien n'est précisé à ce sujet. Le Sénat voulait que ce soit la témérité, et la Chambre préférerait la connaissance. Comme ils n'ont pas pu s'entendre à ce sujet, le Code n'est pas encore adopté.

Vous devez donc faire très attention à une question aussi importante. Dans notre mémoire, nous affirmons que le dessein constitue une condition beaucoup trop restrictive. Vous devez donc décider s'il faut retenir la connaissance ou la témérité. Il serait peut-être sage de considérer la témérité comme disposition implicite, puisque c'est la tendance actuelle en *common law*. Si le Parlement veut une disposition plus restrictive, il devrait l'indiquer expressément dans la loi.

M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): Premièrement, je vous remercie beaucoup de vos mémoires. Ils sont très bien faits, et je vous en félicite. Vous pourriez peut-être les distribuer à vos collègues. Ce sont d'excellents mémoires.

Au sujet de cette disposition implicite, cela pourrait également être une raison pour laquelle une partie générale ne serait pas adoptée. Il est certain que, dans la partie spéciale, il doit y avoir des cas où il n'est pas clair que le crime doit avoir été commis par témérité, par dessein ou autrement. Est-ce exact?

M. Friedland: C'est tout à fait exact. Quand viendra le temps de s'occuper de la partie spéciale, il faudra déterminer quel est le degré d'intention coupable nécessaire pour chaque infraction, à la lumière des définitions contenues dans la partie générale. Je pense que la Commission de réforme du droit, si elle existait encore, reconnaîtrait qu'elle n'a pas vraiment accordé à cette question toute l'attention voulue. Les membres de la Commission ne savent pas très bien comment leurs définitions auraient pu s'appliquer à cette partie spéciale. Mais c'est une bonne raison pour retarder l'adoption de la partie générale jusqu'à ce que vous en ayez fini au moins avec les principaux éléments de la partie spéciale.

[Texte]

• 1625

Mr. Laporte: If it takes us as long to get to the special part as it is taking us to get to the general part, we will all be in our graves before we get this code done.

Prof. Friedland: A fair amount of the special part has been done already. It may be that it would go a little quicker than the general part. There are still major areas, such as murder. The Supreme Court of Canada, as you know, struck down a number of provisions. I understand the Department of Justice is thinking about new legislation. It may be that they'll have cleared that out of the way by the time a parliamentary committee deals with it.

Mr. Laporte: What areas in the general part do you see as being potentially controversial? You've discussed the corporate liability, which shouldn't be a major problem since you are talking about a codification of what is generally the law now, more or less.

Prof. Friedland: The one that will be controversial is the duty to rescue. When the Law Reform Commission produced their document *Recodifying Criminal Law*, I believe it got more editorials than anything else. It's a very difficult issue. How far do citizens have a duty to rescue when they don't have any involvement, personal or otherwise, in the incident they are witnessing. That will definitely be an important one.

I don't see that insanity will be particularly difficult. The Supreme Court of Canada has done a lot of groundwork there, and it's ripe for further codification.

I don't see that intoxication is controversial. Again, you're likely to follow what the Supreme Court of Canada has said on that. And to the extent you can follow the Supreme Court of Canada, I think you'd be wise to do so. They've done some very good work in many of these areas, in corporate liability and in other areas.

I'm not sure there's anything really controversial in the general part. Although we had criticized specific aspects of it, particularly the *mens rea* provision, in general it's a very good piece of work, and with some fine-tuning by this committee and the Department of Justice, I think a good bill can be brought forward.

The one you'll have to watch is, as I say, the default provision. Although it has not been recognized that it's controversial, it will be.

Mr. Laporte: How much fine-tuning should this committee be doing? After all, a bill is going to be introduced at some point and there will be a legislative committee that will do some fine-tuning. What would you suggest this committee focus on and in how much detail?

Prof. Friedland: That is a major question. Perhaps what the committee should say is they have heard 30 submissions and received the briefs and they think the time is ripe for Parliament to enact the general part, and these are the areas that the Department of Justice in drafting the bill should give particular attention to.

[Traduction]

M. Laporte: S'il nous faut autant de temps pour la partie spéciale qu'il nous en faut pour la partie générale, nous allons tous être morts et enterrés avant que ce code soit prêt.

M. Friedland: Il y a déjà eu beaucoup de travail de fait sur la partie spéciale. Il est possible que cela aille un peu plus vite que la partie générale. Il y a encore quelques grandes questions en suspens, par exemple le meurtre. Comme vous le savez, la Cour suprême du Canada a invalidé un certain nombre de dispositions à ce sujet. Il semble que le ministère de la Justice songe à réviser la loi. Il est possible que cela soit réglé d'ici à ce qu'un comité parlementaire soit saisi de la chose.

M. Laporte: Quels sont, à votre avis, les éléments de la partie générale susceptibles de prêter à controverse? Vous avez parlé de la responsabilité des personnes morales, qui ne devrait pas poser de problème majeur puisqu'il s'agit d'une codification de ce qui constitue à peu près, en gros, la loi actuelle.

M. Friedland: L'obligation d'assistance sera certainement controversée. Quand la Commission de réforme du droit a produit son document intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, je pense que cette question a suscité plus de commentaires que n'importe quelle autre. C'est une question très difficile. Dans quelle mesure les citoyens ont-ils l'obligation de prêter assistance quand ils n'ont rien à voir avec l'incident dont ils sont témoins, personnellement ou autrement. Ce sera certainement un élément important.

Je ne pense pas que la question de l'insanité pose de problème particulier. La Cour suprême du Canada a déjà bien déblayé le terrain, et une nouvelle codification s'impose.

Je ne pense pas non plus que l'intoxication prête à controverse. Encore une fois, vous allez probablement vous inspirer de ce que la Cour suprême du Canada a dit à ce sujet. Et, dans la mesure où vous pouvez le faire, je pense que c'est sage. La Cour a fait du très bon travail dans beaucoup de ces domaines, par exemple au sujet de la responsabilité des personnes morales.

J'ai l'impression qu'il n'y a rien de vraiment controversé dans la partie générale. Même si nous en avons critiqué certains aspects précis, et en particulier la disposition relative à l'intention coupable, c'est en général un très bon document, qui pourrait donner lieu à un bon projet de loi après quelques ajustements de la part du comité et du ministère de la Justice.

Comme je l'ai dit, il faudra faire attention à la disposition implicite relative à l'intention coupable. Bien que cette question ne soit pas considérée comme controversée, elle le deviendra.

M. Laporte: Jusqu'à quel point le comité devrait-il faire des ajustements? Après tout, un projet de loi sera déposé tôt ou tard, et il y aura à ce moment-là un comité législatif chargé de faire ces ajustements. À votre avis, quels sont les points sur lesquels le comité devrait s'attarder, et jusqu'à quel point devons-nous les étudier en détail?

M. Friedland: C'est une question essentielle. Le comité devrait peut-être dire qu'il a entendu 30 témoins, qu'il a reçu des mémoires et que, selon lui, il est temps que le Parlement adopte la partie générale, tout en précisant quelles sont les questions méritant une attention particulière du ministère de la Justice, au moment de la rédaction du projet de loi.

[Text]

My impression is there is a lot of work to be done. It would be very difficult for a small committee that perhaps doesn't have the resources of the Department of Justice to produce a document that isn't going to be subject to the same attack as the document that we're discussing. It's a little presumptuous for me to suggest how you should proceed, but if you could proceed by saying that the document produced by the Law Reform Commission contains the substance of excellent work that could be enacted with some further fine-tuning based upon the following points, I think you would have done a great service to the citizens of Canada.

• 1630

Mr. Laporte: What about the idea of a preamble in the code? What are your thoughts on that?

Prof. Friedland: As we know, the majority of the Law Reform Commission did not recommend a preamble. A minority—and I don't know who that minority was—recommended a preamble. I rather like the idea of a preamble because it can contain some of the principles that the Law Reform Commission has developed over the years, such as the concept of restraint and some of the other concepts that they've developed.

We see more and more use of preambles that we haven't seen before. If I'm not mistaken, the mental disorder bill has a substantial preamble that is rather new. But that would be useful in interpreting that bill.

It certainly wouldn't disturb me, and on balance I'd be in favour of it, although the point made by the Law Reform Commission was that the document should be sufficiently clear that a preamble isn't needed. But documents aren't sufficiently clear, or aren't as clear as we would like, so I'd be in favour of a preamble.

Mr. Laporte: It would add to it in what sense? It's setting out some basic principles, but how would it add to the code?

Prof. Friedland: I think that the judges might use it in interpreting doubtful provisions. Particularly when you get to the area of corrections and sentencing it might me quite useful to have principles of sentencing set out in a preamble, although, as I say, I can also see the argument that you're getting yourself into a lot of difficulty in having a preamble because, as you amend the act, then you have to amend the preamble. How one would draft it to have permanence is another matter.

Mr. Laporte: Is the preamble that's set out in the draft what you'd like to see? Is it not detailed enough, or what?

Prof. Friedland: Well, that's quite good. Take the one:

[Translation]

J'ai l'impression qu'il y a beaucoup de travail à faire. Il serait très difficile pour un petit comité, qui ne dispose peut-être pas des ressources du ministère de la Justice, de produire un document qui ne soit pas la cible des mêmes critiques que le document dont nous discutons ici. Il est un peu présomptueux de ma part de vous suggérer comment procéder, mais si vous pouviez dire que le document rédigé par la Commission de réforme du droit constitue la base d'un document excellent qui pourrait prendre forme de loi, après quelques ajustements fondés sur les points suivants, je pense que vous rendriez un grand service aux citoyens du Canada.

M. Laporte: Que pensez-vous de l'idée d'inclure un préambule dans le code? Quel est votre avis là-dessus?

M. Friedland: Comme nous le savons tous, la majorité des membres de la Commission de réforme du droit ne recommandait pas d'inclure un préambule. Mais une minorité—and je ne sais pas de qui il s'agissait—l'a recommandé. J'aime bien l'idée d'un préambule parce qu'il peut contenir un énoncé de certains des principes établis par la Commission de réforme du droit au fil des ans, par exemple la notion de modération et certaines des autres notions approfondies par la Commission.

Nous voyons de plus en plus souvent des préambules là où il n'y en avait pas auparavant. Si je ne me trompe pas, le projet de loi sur les troubles mentaux contient un long préambule, ce qui est assez nouveau. Mais ce sera utile pour l'interprétation de cette loi.

Cela ne me dérangerait certainement pas et, tout compte fait, je suis plutôt favorable à l'idée, même si la Commission de réforme du droit a affirmé que le document devrait être suffisamment clair pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y inclure un préambule. Mais les documents ne sont jamais suffisamment clairs, ou du moins, ils ne sont pas aussi clairs que nous le voudrions; je suis donc en faveur d'un préambule.

M. Laporte: Dans quel sens est-ce que cela ajouterait au document? Le préambule permet d'énoncer certains principes de base, mais qu'est-ce que cela ajouterait au code?

M. Friedland: Je pense que les juges pourraient s'en servir pour interpréter les dispositions douteuses. En particulier dans le domaine des mesures correctionnelles et de la détermination de la peine, il pourrait être très utile d'avoir dans un préambule un énoncé des principes de détermination de la peine. De notre côté, comme je l'ai dit tout à l'heure, je comprends également les gens qui affirment que l'inclusion d'un préambule pourrait entraîner toutes sortes de problèmes parce que ce préambule devrait être modifié chaque fois que la loi elle-même le serait. Il faut également se demander comment ce préambule pourrait être rédigé de façon à avoir une certaine permanence.

M. Laporte: Verriez-vous quelque chose comme le préambule qui se trouve dans le projet de code? Est-il assez détaillé à votre avis?

M. Friedland: Eh bien, c'est assez satisfaisant. Prenez par exemple:

[Texte]

AND WHEREAS it is desirable that the criminal law of Canada should now be set out in a new, systematic, understandable, restrained and comprehensive Code

I'm not sure if you want to have that "made in Canada, by Canadians, for Canadians".

Mr. Rideout (Moncton): That's for politicians.

Prof. Friedland: But the concept of "restrain" is certainly a good one and it would help judges in interpreting various provisions.

Mr. Laporte: I want to ask a couple of questions on a couple of areas, first of all on intoxication. Maybe I'm a little thick headed, but I'm having trouble understanding this alternative section 3(3) where it talks about:

This clause shall not apply as a defence to a crime that [is] committed through negligence

• 1635

Then they talk about negligent murder later on. Can you explain that to me.

Prof. Friedland: I think I am monopolizing a little bit too much of the discussion. In this special part, I believe they have the concept of negligent homicide. Therefore, they're suggesting that drunkenness per se will make you guilty of negligent homicide. Perhaps I could turn to my colleagues for help on this one.

Mr. Da Silva: I am not sure I have much to add to what you have said already.

Prof. Friedland: One doesn't want to use the concept of negligence very frequently in a criminal code unless you have an offence that is an offence of negligence.

Mr. Laporte: Why don't we want to use it?

Prof. Friedland: We will turn back to the preamble and look at the word "restrain" there. We want to reserve the criminal law for very serious heinous offences in which there is a high mental element, and you may want to have "limited" for the most part for "recklessness", "knowledge" or "purpose". Occasionally, though, you might want to have an offence of negligence in the Criminal Code. If you do, I think people say then, therefore drunkenness shouldn't be a defence at all to that.

Mr. Laporte: Can the panel describe the difference then? What sort of situations would fall under one of these 3(3) as opposed to the other one. Are there areas that one would cover that one wouldn't, or do they both cover the same thing?

Prof. Friedland: The difference between the alternative and the main provision is that in the main provision it is not a complete defence as it is in the alternative. Drunkenness is not a complete defence, but you are guilty of "committing arson while intoxicated". You actually then have a record for that. As I read the difference between 3(3) and the alternative 3(3) you are actually guilty of a specific offence even though you are drunk. It's called committing an

[Traduction]

Attendu qu'il est souhaitable que le droit pénal du Canada soit énoncé dans un nouveau code qui soit systématique, compréhensible, modéré et complet...

Je ne suis pas sûr qu'il soit nécessaire d'ajouter «et qui soit fait au Canada par des Canadiens et pour les Canadiens».

M. Rideout (Moncton): C'est pour les représentants politiques.

M. Friedland: Mais la notion de «modération» est certainement utile et aiderait les juges à interpréter certaines dispositions.

M. Laporte: J'ai quelques questions à vous poser, premièrement au sujet de l'intoxication. Je ne suis peut-être pas très brillant, mais j'ai du mal à comprendre le paragraphe 3(3) présenté comme une autre possibilité, et qui se lit comme suit:

Cette disposition ne peut servir de moyen de défense à l'égard d'un crime pouvant être commis par négligence.

Mais il est question plus tard de meurtre par négligence. Pourriez-vous m'expliquer cela?

M. Friedland: J'ai l'impression de monopoliser la discussion un peu trop. Je pense que dans cette partie spéciale, il est question d'homicide par négligence. Par conséquent, la Commission laisse entendre qu'il suffit d'être ivre pour être reconnu coupable d'homicide par négligence. Mes collègues pourraient peut-être m'aider à ce sujet.

M. Da Silva: Je ne suis pas certain d'avoir grand-chose à ajouter à ce que vous avez déjà dit.

M. Friedland: En général, on préfère ne pas invoquer trop souvent la notion de négligence dans un code criminel, sauf dans le cas d'une infraction qui soit vraiment liée à la négligence.

M. Laporte: Pourquoi préfère-t-on ne pas invoquer cette notion?

M. Friedland: Revenons-en au préambule, et examinons un peu le terme «modéré» qui y est employé. Le droit pénal se limite normalement aux crimes très graves de nature haineuse, où l'élément moral est nettement présent, même si l'on peut à l'occasion vouloir restreindre les notions de «témérité», «connaissance» ou «dessein». Mais à l'occasion, on peut vouloir inclure dans le Code criminel un crime de négligence. Si c'est le cas, je pense que les gens estiment alors que l'ivresse ne devrait pas pouvoir être invoquée comme moyen de défense.

M. Laporte: Pourriez-vous nous décrire la différence entre les deux propositions? Quelles seraient les situations visées par ces deux paragraphes 3(3) respectivement? Y a-t-il des domaines qui seraient couverts par une de ces propositions et non par l'autre, ou si les deux couvrent la même chose?

M. Friedland: La différence entre la proposition principale et l'autre possibilité, c'est que l'intoxication ne peut pas servir de moyen de défense complet selon la disposition principale, contrairement à ce que prévoit l'autre possibilité. L'ivresse n'est pas un moyen de défense complet, mais il est possible d'être reconnu coupable d'avoir allumé un incendie criminel en état d'intoxication. En fait, on a un casier judiciaire pour un acte de ce genre. D'après mon

[Text]

offence—and it would name the offence—while intoxicated. That seems to me, in my view, to be a good provision. It is better than the English suggestion “drunk and dangerous”, which covers too many offences. This, at least, spells out what the offence is that you committed while drunk. It’s there on your record. You will be sentenced accordingly. It’s not a defence. The 3(3) alternative makes it a complete defence, except for when it is negligence.

Mr. Laporte: But negligence would arise, am I not correct, if you become intoxicated, unless it was through fraud, duress, compulsion or reasonable mistake? Would you be convicted of negligent arson then?

Prof. Friedland: Only if the offence specified that you can be guilty of arson negligently. I am not sure if it does. One could look it up.

Mr. Laporte: The alternative is much narrower. Is it substantially narrower, would we find?

Prof. Friedland: The alternative is more favourable to the accused than the main provision, which gives you a criminal conviction not for arson but for “committing arson while intoxicated”. Obviously someone who is an accused would rather be acquitted completely than be guilty of the offence of “committing arson while intoxicated”. This says, well, we are not going to convict you of arson, but we are not going to give you a complete acquittal; we are going to convict you of this halfway house of being drunk and committing arson.

[Translation]

interprétation, la différence entre le paragraphe 3(3) de la proposition principale et celui de l'autre possibilité, c'est qu'une personne ivre peut en fait être reconnue coupable d'un crime précis. On dit alors qu'elle a commis un crime—dont on donne le nom—en état d'intoxication. A mon avis, c'est une bonne disposition. C'est préférable à ce que les Anglais ont suggéré, c'est-à-dire que la personne était «ivre et dangereuse», ce qui recouvre trop d'infractions. Avec cette solution, au moins, le crime commis par une personne en état d'ébriété est précisé. Il est indiqué dans le casier judiciaire, et la peine est fixée en conséquence. Ce n'est pas un moyen de défense. Selon l'autre possibilité relative au paragraphe 3(3), il s'agit d'un moyen de défense complet, sauf quand il y a négligence.

M. Laporte: Mais il y aurait négligence si une personne était en état d'intoxication, à moins que cet état ne soit attribuable à la fraude, à la contrainte morale, à la contrainte physique ou à une erreur raisonnable, n'est-ce pas? Est-ce qu'une personne pourrait être reconnue coupable d'incendie criminel par négligence à ce moment-là?

M. Friedland: Seulement si les dispositions relatives à ce crime précisent qu'on peut être coupable d'incendie criminel par négligence. Je ne suis pas certain que ce soit le cas. Il faudrait vérifier.

M. Laporte: L'autre possibilité est beaucoup plus restreinte, n'est-ce pas?

M. Friedland: L'autre possibilité est plus favorable à l'accusé que la disposition principale, selon laquelle une personne peut être reconnue coupable non pas d'incendie criminel, mais d'avoir allumé «un incendie criminel en état d'intoxication». De toute évidence, un accusé préférerait être acquitté complètement plutôt que d'être reconnu coupable d'avoir allumé «un incendie criminel en état d'intoxication». Cela revient à dire qu'on ne veut pas condamner cet accusé pour incendie criminel, mais qu'on ne veut pas non plus l'acquitter complètement; on l'accuse donc d'une infraction hybride, c'est-à-dire d'avoir été ivre et d'avoir allumé un incendie criminel.

• 1640

The Chairman: Mr. Laporte, I think I should interrupt you at this point and move to Mr. Rideout. I will come back to you if you have a follow-up.

Mr. Rideout: I don't think this committee has much chance of dealing in a whole lot of detail with all of the issues with the time parameters we have. My objective is to try to get some parameters or signposts or guideposts, and it ties in a little bit to what Rod was talking about, as far as a preamble is concerned.

Are there some basic principles or is there a preamble? Even if we don't put a preamble in, is there a preamble that we should be looking at, in effect weighing all of the suggested changes that are going to be thrown at the committee? Does it come out of the law reform work or is there something even broader or less encompassing? I am looking for those signposts so that we can evaluate all of the recommendations that are going to come to us from different

Le président: Monsieur Laporte, je dois vous interrompre et laisser la parole à M. Rideout. Vous pourriez poser d'autres questions s'il y a un deuxième tour.

M. Rideout: Je ne pense pas que le comité puisse examiner toutes ces questions très en détail, étant donné le temps limité dont nous disposons. Ce que j'aimerais, c'est obtenir des points de repère, et cela se rattache en un sens à ce dont Rod parlait au sujet du préambule.

Y a-t-il des principes de base, ou un préambule? Même si nous n'incluons pas un préambule dans le code, y a-t-il une forme de préambule que nous devrions examiner pour évaluer tous les changements qui seront proposés au comité? Devons-nous nous inspirer du travail de la Commission de réforme du droit, ou devons-nous faire quelque chose de plus général ou moins? J'aimerais avoir des points de repère de ce genre qui nous permettraient d'évaluer toutes les

[Texte]

groups and say, well, this kind of fits the general principles that we see for a Criminal Code, or doesn't fit, and therefore should be discarded. That is about what we are going to have to do, as far as making recommendations is concerned.

Prof. Friedland: The preamble that was mentioned is not bad in terms of what you are looking for—systematic, understandable, restrained, and comprehensive—and you might measure the submissions according to those general principles.

You want a code that stands by itself and doesn't require looking back at all of the earlier case law. It has to be, to the extent possible, understandable by ordinary Canadians who aren't lawyers. That is quite important.

You want it to be comprehensive, in that your covering areas that are now being developed by the judges through the various techniques that lawyers know about. Those are good principles and you might use them to test the various provisions.

Mr. Da Silva: I think one of the most important principles that one should put in the preamble is that already listed by the Law Reform Commission: restraint.

As students we often appear before provincial courts, and we notice that the courthouses are just packed with people charged with offences that probably shouldn't be dealt with through the criminal law.

I remember a guy being tried for stealing a breast of boneless chicken from a supermarket. Criminal law is quite a blunt instrument to use against someone charged with such a menial offence. Maybe it is a little bit too harsh. Maybe we should look at an alternative type of mechanism where we can bring that out of the criminal justice system; get people to provide community service or have them treated some other way.

So I would emphasize restraint in the criminal law. Rather than hauling all of these people through the system, paying for their lawyers, paying for judges and clerks, we should really be concerned with the more serious crimes, the more serious offences. It will go a long way to removing the backlog in our judicial system.

Ms Nicklas: I agree with Orlando and would just like to point out that, under the declaration of principles in (a), that really deals with what he is talking about, in that the criminal law should only be used in circumstances where other means of social control are inadequate or inappropriate. I think by putting this at the beginning of the Criminal Code and working towards those goals, you would be doing a great service to many Canadians.

Mr. Rideout: Would you as students, being highly idealistic and all of the rest, want to see a preamble in with a statement such as that, moving in that direction, or should we exclude that?

[Traduction]

recommandations que les différents groupes vont nous soumettre de façon à pouvoir déterminer si elles sont conformes aux principes généraux que nous envisageons pour un Code criminel, ou si elles n'y sont pas conformes et devraient par conséquent être rejetées. C'est ce que nous allons devoir faire dans l'élaboration de nos recommandations.

M. Friedland: Le préambule qui a été mentionné répond assez bien à ce que vous cherchez, puisqu'il prévoit un code systématique, compréhensible, modéré et complet; vous pourriez évaluer les mémoires en fonction de ces principes généraux.

Il faut un code qui se tienne, sans qu'il soit nécessaire de se référer constamment à la jurisprudence. Dans la mesure du possible, il faut un code compréhensible pour les Canadiens ordinaires qui ne sont pas avocats. C'est très important.

Il faut qu'il soit complet, c'est-à-dire qu'il couvre les questions qui sont actuellement laissées à la seule interprétation des juges, par suite des diverses techniques que connaissent les avocats. Ce sont là des principes intéressants, que vous pourriez appliquer pour évaluer les diverses dispositions.

M. Da Silva: Je pense qu'un des principes les plus importants qui devraient être inclus dans le préambule, c'est celui que la Commission de réforme du droit a déjà mentionné: la modération.

En tant qu'étudiants, nous comparaissons souvent devant les tribunes provinciales et nous nous rendons compte que les tribunaux sont remplis de personnes accusées d'infractions qui ne devraient probablement pas relever du droit pénal.

Je me souviens d'un type qui avait été jugé pour avoir volé une poitrine de poulet désossé dans un supermarché. Le droit pénal est une arme un peu lourde à utiliser quand une personne est accusée d'une infraction aussi mineure. C'est peut-être un peu trop sévère. Nous devrions peut-être envisager un autre genre de mécanisme qui permettrait d'éliminer ce genre de situations dans notre système de justice pénale; il faudrait songer par exemple à imposer des services communautaires aux gens ou à les faire traiter d'une façon ou d'une autre.

J'insiste donc sur l'importance de la modération en droit pénal. Plutôt que de traîner tous ces gens en justice, de payer pour leurs avocats, et de payer pour les juges et les greffiers, nous devrions vraiment nous occuper davantage des crimes plus graves, ce qui contribuerait largement à supprimer les retards dans notre système judiciaire.

Mme Nicklas: Je suis d'accord avec Orlando et je voudrais simplement vous renvoyer au paragraphe a) de la Déclaration de principes, qui se rapporte exactement à ce qu'il a dit, à savoir qu'on ne devrait avoir recours au droit pénal que dans les cas où les autres moyens de contrôle social sont inadéquats ou inimportants. Je pense qu'en incluant une disposition de ce genre au début du Code criminel et en travaillant en ce sens, vous rendriez beaucoup service à de nombreux Canadiens.

M. Rideout: En tant qu'étudiants, puisque vous êtes sûrement très idéalistes, seriez-vous favorables à un préambule qui contiendrait une déclaration en ce sens, ou devrions-nous l'exclure?

[Text]

[Translation]

• 1645

The other advice we got is that we shouldn't do the preamble until we have finished all of our work—once we have finished everything that we were going to recommend, then do a preamble perhaps. I am not sure that is the right approach. Have you any thoughts?

Mr. Da Silva: I like the idea of a preamble because of its interpretive impact. One problem that no doubt we all see is that the Criminal Code is applied differently by different judges. If we could have a central governing theme that aids in the application of this Criminal Code, then we might have more consistent results. To that extent, I support a preamble, and I like the one that is in the Law Reform Commission proposal.

Mr. Rideout: With that, we face the issue of the Charter of Rights and Freedoms. Should there be any comment about it? Coupled with that is the great concern that judges are usurping the role of parliamentarians and are now making law that we should be making.

Is there risk associated with both the Charter and a preamble? I am saying this more for debate, but do you see any problems in that area?

Mr. Da Silva: I think when the Charter was enacted we all knew there was a problem with judges usurping the role of Parliament.

A preamble might state that the code should be interpreted in light of the Charter, but that would almost be redundant. To that extent, it is probably not necessary to refer directly to the Charter in the preamble.

I don't think we can avoid the fact that judges will usurp the role of Parliament unless we are a step ahead of them and reform the law in the general part and in the special part consistently with how we think the Charter will be applied in those cases. It's a challenge to parliamentarians to do that now, when we have an opportunity, rather than to let the judges do it for us.

Mr. Rideout: That leads me to another, again somewhat theoretical, question. I know that you folk have been dealing with the specifics again, but should we try to come up with a complete general part or should we try to come up with a general part that allows for addition as the law evolves and as things change so we won't have to be back recodifying every 20 years or 50 years, or 100 years in this case?

Ms Nicklas: My feeling is that you can use what the Law Reform Commission has produced here and come up with a very concise and complete general part. You can't avoid the possibility of revisions in the future, but so many provisions have been around since the beginning that just need to be updated according to the way people think in our times now or the way we have been operating in our judicial system that I don't think it is unrealistic to hope for a complete general part.

On nous a dit également que nous ne devrions pas nous pencher sur le préambule avant d'avoir terminé tout notre travail; une fois que nous aurions fini tout le reste, nous pourrions peut-être nous occuper du préambule. Je ne suis pas sûr que ce soit la bonne façon de procéder. Qu'en pensez-vous?

M. Da Silva: J'aime bien l'idée d'un préambule parce qu'il peut avoir une influence sur l'interprétation du code. Nous sommes tous conscients sans aucun doute du fait que les juges n'appliquent pas tous le Code criminel de la même façon. Si nous pouvions avoir un thème central qui aiderait à définir dans quel sens le Code criminel doit être appliqué, nous aurions peut-être des résultats plus cohérents. En ce sens, je suis en faveur d'un préambule, et j'aime bien celui que la Commission de réforme du droit a proposé.

Mr. Rideout: Il y a aussi la question de la Charte des droits et libertés. Devrait-il y avoir un commentaire à ce sujet? Cette question est liée aux inquiétudes sérieuses que suscite le fait que les juges usurpent le rôle des parlementaires et font maintenant les lois que nous devrions faire.

Y a-t-il un risque à parler de la Charte, ainsi qu'à inclure un préambule? Je pose la question plutôt pour le plaisir de la discussion, mais pensez-vous que cela pourrait poser des problèmes?

M. Da Silva: Je pense que quand la Charte a été adoptée, nous savions tous que les juges pourraient usurper le rôle du Parlement.

Il serait possible d'indiquer dans le préambule que le code doit être interprété en fonction de la Charte, mais cela serait presque redondant. En ce sens, il n'est probablement pas nécessaire de mentionner expressément la Charte dans le préambule.

Je pense qu'il est impossible d'éviter que les juges usurpent le rôle du Parlement à moins d'aller plus vite qu'eux, et de réviser la partie générale et la partie spéciale en fonction de la façon dont la Charte devrait être appliquée dans ces cas, d'après nous. C'est tout un défi pour les parlementaires de faire cela maintenant, pendant que vous en avez la possibilité, plutôt que de laisser les juges le faire à votre place.

Mr. Rideout: Ce qui m'amène à une autre question, relativement théorique celle-là aussi. Je sais que vous avez étudié certaines questions précises, mais j'aimerais savoir si nous devrions essayer d'en arriver à une partie générale complète ou à une partie générale qui permette des ajouts en fonction de l'évolution du droit et de la situation, de sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'effectuer une nouvelle codification tous les 20 ans, tous les 50 ans, ou tous les 100 ans comme c'est le cas actuellement?

Mme Nicklas: À mon avis, vous pouvez vous inspirer du document rédigé par la Commission de réforme du droit pour en arriver à une partie générale très concise et très complète. Vous ne pouvez pas éviter la possibilité qu'il y ait des révisions à l'avenir, mais bon nombre des dispositions qui sont présentes dans le code depuis le début ont seulement besoin d'être mises à jour pour tenir compte de ce que les gens pensent de nos jours ou de la façon dont notre système judiciaire fonctionne; il n'est donc pas réaliste à mon avis d'espérer rédiger une partie générale complète.

[Texte]

Mr. Da Silva: It's probably a goal for which we should be aiming, considering the *mens rea* recommendations in particular. As you know, *mens rea* underpins everything in criminal law, and it would be dangerous to bring that in separately, given that it still has to be consistent with, for instance, parties to an offence, the *mens rea* for accessories, and other provisions where *mens rea* is at the forefront of the issue. So to the extent that it is possible, I would aim for bringing in the general part in whole.

Prof. Friedland: It may be that you can do both. You try to be as complete as possible; in other words, you deal with necessity and entrapment and other areas that are now just in the common law, but you leave the opportunity for judges to develop further defences and concepts, which they will do in any event, whether or not you have provisions similar to subsection 8.(3).

It might be useful to have such a provision in the code. I don't think the Law Reform Commission recommend that. They are trying to be as comprehensive as possible. It would do no harm to have such a provision.

• 1650

Mr. Rideout: From our vantage point the easiest thing for us to do is to say that the law reform report is just marvellous and we recommend its adoption along with a few minor little comments, and walk away. That would make our life a lot easier. What would your reaction be to such an approach? Do you think the Law Reform Commission does really capture the essence and the bulk of what we should be going after, and if we ended up with just what the Law Reform Commission recommends and that was the best we could do, what would your reaction be to that?

Mr. Da Silva: I think our objective here was mostly to encourage you into bringing in a new general part, and if that meant adopting what the Law Reform Commission did, we would be happy. We would prefer that you consider carefully our own recommendations, but of course if it means having a new general part and as quickly, compared to what we've been seeing in the past, we'd be quite happy with that.

The Chairman: Mr. Rosen has a question.

Mr. Philip Rosen (Committee Researcher): Thank you, Mr. Chairman. One of the realities of codification of the criminal law in this country is that in the 1890s, and then in the 1950s, the codification was largely done by, with all due respect to anyone else in the room, white Anglo-Saxon males.

One of the recent developments that has come to the forefront in Canada, especially in light of the constitutional debates that have taken place in the last five years, is the different perspectives and discussions in other areas, the

[Traduction]

M. Da Silva: C'est probablement un but à poursuivre, étant donné en particulier les recommandations relatives à l'intention coupable. Comme vous le savez, c'est le fondement même du droit pénal, et il serait dangereux d'étudier cette question isolément étant donné qu'elle doit s'appliquer de façon uniforme dans le cas, par exemple, des parties à une infraction, des complices, et des autres cas où l'intention coupable est primordiale. Donc, dans la mesure du possible, j'essaierais pour ma part d'en arriver à une partie générale complète.

M. Friedland: Il est possible que vous puissiez faire les deux. Vous pouvez essayer de rédiger un document aussi complet que possible, c'est-à-dire en vous penchant sur les questions comme la nécessité et la provocation policière qui ne relèvent actuellement que de la *common law*, mais vous pouvez laisser aux juges le soin d'élaborer d'autres moyens de défense et d'autres notions, ce qu'ils vont faire de toute façon, que vous ayez ou non adopté des dispositions semblables à celle du paragraphe 8.(3).

Il pourrait être utile d'avoir une disposition de ce genre dans le code. Je ne pense pas que la Commission de réforme du droit l'ait recommandé. Ses membres ont essayé de faire un travail aussi complet que possible. Mais une disposition de ce genre ne pourrait pas faire de tort.

M. Rideout: Le plus simple, de notre point de vue, ce serait de dire que le rapport de la Commission de réforme du droit est tout simplement merveilleux et d'en recommander l'adoption, avec quelques commentaires tout à fait mineurs, un point c'est tout. Cela nous simplifierait considérablement la vie. Quelle serait votre réaction à une solution de ce genre? Pensez-vous que les recommandations de la Commission de réforme du droit correspondent vraiment pour l'essentiel à ce que nous devrions rechercher? Qu'en diriez-vous si nous adoptions simplement les recommandations de la Commission en affirmant ne pas pouvoir faire mieux?

M. Da Silva: En venant ici, nous voulons surtout vous encourager à présenter une nouvelle partie générale; si cela signifie l'adoption du document de la Commission de réforme du droit, nous en serons satisfaits. Nous préféreriez que vous étudiez attentivement nos propres recommandations, mais bien sûr, si l'autre solution permettait d'avoir une nouvelle partie générale très rapidement, comparativement à ce que nous avons vu dans le passé, nous en serions plutôt satisfaits.

Le président: M. Rosen voudrait poser une question.

M. Philip Rosen (attaché de recherche du Comité): Merci, monsieur le président. Une des réalités de la codification du droit pénal dans notre pays, c'est que dans les années 1890, puis les années 1950, la codification a été faite en bonne partie, avec tout le respect que je dois à toutes les autres personnes présentes dans la salle, par des hommes, blancs et anglo-saxons.

Mais depuis quelque temps, surtout à la lumière des discussions constitutionnelles qui se sont déroulées au cours des cinq dernières années, les perspectives différentes de certains groupes, en particulier les autochtones, les groupes

[Text]

different perspectives that are held by aboriginal peoples, by multicultural groups, and the realities of women. I'm wondering if in your views these realities should be reflected in the general part of the Criminal Code and, if so, how should we do that? I know that's a pretty difficult question, but it's a question we have to grapple with. If you can provide us with any thoughts, it will be of great assistance.

Mr. Rideout: We save the easy ones for Philip.

Prof. Friedland: I'm passing that one on to Sharon.

Ms Nicklas: Can I keep passing?

Prof. Friedland: She's a recent graduate. She should know the answer to that.

Ms Nicklas: It's a very difficult issue, and I guess I can come at it from a woman's perspective, but it's hard for me to come from any other.

Mr. Rosen: Could you try that?

Ms Nicklas: I can try that. Because I've grown up learning through this Criminal Code, I don't find that it's in general something that is foreign to me and that I find I can't relate to because I'm a woman, or that it discriminates against me because I'm a woman. With respect to the rape shield law and things like that, I do have strong feelings about specific provisions, but as a whole I don't see it as being a total creation by white Anglo-Saxon males. Maybe it's because the judiciary has been working with it and in recent years has been very conscious of the perspectives of other individuals that I don't feel that it's something that completely excludes their perspectives. I don't think I've answered your question, but—

Mr. Rosen: It's a good start and I appreciate your attempt to grapple with what I think is a difficult issue. I know you've written a paper on mental disorder. Are there particular areas of that defence that might be of some concern to women? I'm thinking, for example, about the emerging defence of the premenstrual syndrome and some of the others. We've talked about infanticide. Are these the types of issues that could be used to attempt to address the reality of women in contemporary society?

Prof. Friedland: Some of the issues that have developed with respect to women's issues will probably find their way into a new Criminal Code, the Lavalee decision, the rape shield laws, and so one has to be sensitive to the particular issues that are being discussed. We've changed many of the provisions relating to soliciting, both through the Supreme Court and making them gender neutral in the code, so that the code, to the extent that it can, should reflect those issues. But it may be that it can't anticipate what the issues will be in the future, and that may be a reason why having some general discretion in the judiciary to create new defences... perhaps the one you're suggesting will be one that develops.

[Translation]

multipculturels et les femmes, ont pris une nouvelle importance au Canada. Je me demande si, à votre avis, la partie générale du Code criminel devrait refléter ces nouvelles réalités et, dans l'affirmative, comment nous devrions nous y prendre pour y arriver. Je sais que c'est une question très difficile, mais nous allons devoir nous la poser. Si vous pouviez nous faire part de vos réflexions à ce sujet, cela nous aiderait beaucoup.

M. Rideout: Nous laissons les questions faciles à Philip.

M. Friedland: Je vais laisser Sharon répondre à celle-là.

Mme Nicklas: Est-ce que je peux la laisser à d'autres?

M. Friedland: Elle a obtenu son diplôme tout récemment. Elle devrait savoir comment répondre à cela.

Mme Nicklas: C'est une question très difficile. Je suppose que je peux y répondre en tant que femme, mais il m'est difficile de le faire d'un autre point de vue.

M. Rosen: Pourriez-vous essayer?

Mme Nicklas: Je peux bien. Puisque j'ai en quelque sorte grandi avec ce Code criminel, ce n'est pas pour moi un document étranger à ma réalité, auquel je ne peux pas m'identifier parce que je suis une femme, ou qui exerce de la discrimination contre moi parce que je suis une femme. J'ai des opinions bien arrêtées sur certaines dispositions bien précises, par exemple sur les dispositions relatives aux antécédents sexuels des victimes de viol, mais dans l'ensemble, je n'y vois pas une créature de mâle blanc anglo-saxon. C'est peut-être parce que les tribunaux ont dû interpréter le code et qu'ils se sont montrés au cours des dernières années très conscients des perspectives des autres groupes, mais je n'ai pas l'impression que ces perspectives soient totalement exclues du code. Je ne pense pas avoir répondu à votre question, mais...

M. Rosen: C'est un bon début, et je vous suis reconnaissant de votre tentative pour répondre à une question très difficile à mon avis. Je sais que vous avez écrit un article sur les troubles mentaux. Y a-t-il certains éléments de ce moyen de défense qui pourraient concerner tout particulièrement les femmes? Je pense par exemple au syndrome prémenstruel qui est invoqué de plus en plus souvent en défense, et à certaines autres questions de ce genre. Nous avons parlé d'infanticide également. Est-ce que nous devrions nous pencher sur des questions comme celles-là pour essayer de refléter la réalité des femmes dans la société contemporaine?

M. Friedland: Certaines des questions entourant la condition féminine se retrouveront probablement dans un nouveau Code criminel par exemple, la décision Lavalee, les dispositions sur les antécédents sexuels des victimes de viol, et ainsi de suite; il faut donc être sensibles à toutes ces questions. Nous avons modifié bon nombre des dispositions relatives à la sollicitation, tant par suite de décisions de la Cour suprême que par l'adoption de dispositions qui ne font aucune distinction de sexe dans le code; par conséquent, dans la mesure du possible, le code devrait en tenir compte. Mais il est possible qu'on ne puisse pas prévoir les enjeux futurs et, pour cette raison, il pourrait être utile de laisser aux juges la liberté de créer de nouveaux moyens de défense, jusqu'à un certain point. Il est possible que celui que vous avez mentionné soit un jour adopté.

[Texte]

[Traduction]

• 1655

One would like to think the Criminal Code itself is neutral on all these issues. My guess is that to the extent that there are problems involving aboriginal people, multicultural issues, or feminist issues, it tends to be in the administration of the criminal law, not in the code provisions themselves. It's very difficult for this group to deal with that, but again, one area where you might want to give some thought, when we come to it, is sentencing. There it may be that one should have many different alternatives in sentencing, so some of the special needs can be taken care of without having a rigid system of sentencing.

Mr. Rosen: Let me try something else out on you. Would it be possible to close the debate that was going on before concerning preambles, statements of purpose, and statements of principles? Would it be conceivable one could have principles relating to multiculturalism, the unique nature of aboriginal peoples, and the unique reality of women? Would it be possible to address these issues by having some recitation of these matters in the statement of purpose and principles and therefore give some signals to the judiciary and others who administer the criminal law that they should be sensitive to these matters and interpret the law accordingly? Is this one possible way of approaching these issues?

Prof. Friedland: It sounds quite sensible to me. I don't know what my colleagues think.

Ms Nicklas: That would be a great start.

Mr. Da Silva: I don't think it would satisfy many people, in the end. But as Sharon said, it's a good way to start. I would only caution that we should be careful in how we use the Criminal Code. It's a very blunt instrument, and maybe using it as an educational device isn't the best approach. I don't have any views on that, but it's one thing we should consider.

Mr. Rideout: I don't think we're suggesting it as an educational device...as much as leaving some flexibility in the system to respond to those emerging points of view and new statements of principle that are going to evolve in society. I think that's what we're looking for, that hook, perhaps.

Mr. Laporte: When you said it wouldn't satisfy many people, what did you mean by that?

Mr. Da Silva: A preamble is good as an interpretive device. But what I think people would be more concerned with is the specific provisions within the code and how they are applied. To satisfy the various groups, you probably would need to go through the provisions one by one and see how they are applied and in what circumstances they create unjust results. A preamble, as Sharon said, is a good start. But in the end you're going to have to have a very comprehensive look at the code with that purpose in mind.

On aimerait bien croire que le Code criminel lui-même est neutre sur tous ces points. À mon avis, s'il y a des problèmes relatifs aux questions autochtones, multiculturelles ou féministes, c'est plutôt au niveau de l'administration du droit pénal, et pas des dispositions du code elles-mêmes. Il est très difficile de régler ce genre de questions dans un groupe comme celui-ci, mais encore une fois, vous voudrez peut-être vous pencher sur les questions relatives à la détermination de la peine. Cela pourrait être un moyen de prévoir plusieurs possibilités, de façon à ce qu'il soit possible de répondre aux besoins particuliers sans avoir à appliquer un système rigide de détermination de la peine.

M. Rosen: Permettez-moi de vous poser une autre question. Serait-il possible de clore le débat qui a eu lieu plus tôt au sujet du préambule, et de l'énoncé des buts et des principes? Pourrait-on envisager certains principes relatifs au multiculturalisme, à la nature particulière des autochtones et à la réalité propre aux femmes? Serait-il possible d'aborder ces questions dans l'exposé des buts et des principes, ce qui laisserait entendre aux juges et aux autres personnes responsables de l'administration du droit pénal qu'ils doivent être sensibles à ces questions et interpréter la loi en conséquence? Est-ce que cela serait une solution possible?

M. Friedland: Cela me semble tout à fait logique. Je ne sais pas ce que mes collègues en pensent.

Mme Nicklas: Ce serait un excellent début.

M. Da Silva: Je ne pense pas que cela puisse satisfaire beaucoup de monde en définitive. Mais comme Sharon l'a dit, c'est une bonne façon de commencer. J'ajouterais seulement qu'il faut se montrer très prudent dans la façon dont nous nous servons du Code criminel. C'est un outil dont la force de frappe est énorme, et il n'est peut-être pas idéal de s'en servir pour faire l'éducation du public. Je n'ai pas d'opinion bien arrêtée à ce sujet, mais c'est une chose à laquelle il faut penser.

Mr. Rideout: Je pense qu'il n'est pas question ici d'éduquer le public, mais bien de laisser une certaine flexibilité au système pour qu'il puisse tenir compte des nouveaux points de vue et des nouveaux principes qui vont évoluer dans notre société. Je pense que c'est cela qu'il faut rechercher plutôt.

Mr. Laporte: Que vouliez-vous dire quand vous avez affirmé que cela ne satisferait pas grand monde?

Mr. Da Silva: Un préambule, c'est un outil d'interprétation. Mais ce qui intéressera surtout les gens, à mon avis, ce seront les dispositions précises du code et la façon dont elles seront appliquées. Pour satisfaire les divers groupes, vous devrez probablement examiner ces dispositions une par une pour déterminer comment elles sont appliquées et dans quelles circonstances elles entraînent des résultats injustes. Comme l'a dit Sharon, un préambule, c'est un bon début. Mais en définitive, vous allez devoir examiner très attentivement l'ensemble du code dans cette optique.

[Text]

Prof. Friedland: I'm not sure the general part involves these issues as much as criminal procedure might, the selection of juries, policing issues, court structure, the appointing process. There is a whole range of issues that would bear on the point Mr. Rosen made.

It seems to be that to the extent you can make the general part gender neutral, race neutral, of course you should do so, and it should stand on its own. If you're worried about a particular provision and how it impacts on a particular group, there may be something wrong with the way that provision is structured.

There are a lot of problems in Canadian society that you're raising. I'm not sure if the general part is crucial in that area. But I may be wrong.

The Chairman: Do you have any closing comments you'd like to make?

• 1700

Prof. Friedland: I would like to say how pleased I am to have been here and involved in as good a seminar discussion as we had in our own seminar, and once again to say how pleased we were to have been invited, and how proud we are of the brief the students have put together. Thank you for letting us share our thoughts with you.

The Chairman: On behalf of our committee, thank you. Having read your brief, it will be helpful to us, and I mean that very sincerely. The Canadian Bar brief is excellent, too, for concentrating our minds. It is very helpful to us to have people who are looking at it from a legal point of view and helping us out. Although many of us practised law, we have been away from it for some time, so it has been a wonderful experience for us to get back into the academic side of it. Every day I learn I know less.

Thank you very much.

We stand adjourned.

[Translation]

M. Friedland: J'ai l'impression que ces questions n'ont pas grand-chose à voir avec la partie générale, mais qu'elles sont liées plutôt à la procédure pénale, par exemple à la sélection des jurys, à l'activité policière, à la structure des tribunaux et au processus de nomination. Il y a toute une série de questions qui se rattachent à ce qu'a dit M. Rosen.

Il me semble que, dans la mesure où vous pouvez supprimer les distinctions fondées sur le sexe et sur la race dans la partie générale, vous devriez évidemment le faire, et que cette partie devrait former un tout. Si vous vous inquiétez d'une disposition en particulier et de ses effets sur un groupe donné, il est possible que cette disposition soit mal structurée.

Vous soulevez là toutes sortes de problèmes de la société canadienne. Je ne suis pas certain que la partie générale soit tellement importante à ce sujet. Mais je me trompe peut-être.

Le président: Avez-vous d'autres commentaires à faire pour conclure?

M. Friedland: Je tiens à vous dire à quel point je suis heureux d'être ici aujourd'hui et d'avoir participé à une discussion aussi intéressante que celle que nous avons eue dans notre propre séminaire. Encore une fois, nous sommes très contents d'avoir été invités et nous sommes fiers du mémoire que nos étudiants ont préparé. Merci de nous avoir permis de vous faire part du fruit de nos réflexions.

Le président: Je vous remercie au nom des membres du comité. Pour avoir lu votre mémoire, je suis convaincu qu'il nous sera très utile; je vous le dis très sincèrement. Le mémoire que nous a soumis l'Association du Barreau canadien sera également excellent pour nous permettre de rassembler nos idées. Il nous est très utile d'entendre des gens qui abordent la question du point de vue juridique et qui sont prêts à nous aider. Même si bon nombre d'entre nous ont déjà pratiqué le droit, nous en sommes loin depuis quelque temps; c'est donc une merveilleuse expérience de nous replonger dans l'aspect théorique de la question. Je me rends compte chaque jour que j'en sais encore moins que je le croyais.

Merci beaucoup.

La séance est levée.

APPENDIX "CODE-3"

Submission to

**The Subcommittee on Justice and the Solicitor
General**

on

The Proposed General Part of the Canadian Criminal Code

from

The Faculty of Law, University of Toronto

Advanced Criminal Law Seminar

under the supervision of

Professor M.L. Friedland, Q.C.

May, 1992

Submitted by:

**Sharon Nicklas
Orlando Da Silva**

Table of Contents

Introduction

Executive Summary

I Omissions - prepared by Alex Colvin

The Current State of the Law

The Law in Other Jurisdictions

Recommendations

II The Mental Element - prepared by Alex Kurke

The Application Section

Purpose and Knowledge

Knowledge and Willful Blindness

Recklessness

The Residual Rule

III Mistake of Fact - prepared by Pamela Snively

Mistake of Fact & Sexual Assault

Proposals

IV Intoxication - prepared by Mary Jackson

Objectives of Reform

Current Law

Intoxication and Criminal Liability

Law Reform Commission Proposals

V Insanity Defence - prepared by Sharon Nicklas

The Current Law

Reform Proposals in Canada

Reform Proposals in Other Jurisdictions

Recommendations

VI Necessity and Duress - prepared by Graeme Coffin

The Distinction Between Necessity and Duress

Preservation of Property

Causing Death or Serious Harm

The Parameters of the Defence, and the Problem of Objectivity

Proportionality and Mistake

Prior Fault and the Availability of the Defence

Justification or Excuse

Draft Provisions

VII Entrapment - prepared by Scott Bomhof

The Subjective Approach

The Objective Approach

Canadian Interpretation of Entrapment

Alternative Approaches

Draft Legislation

Commentary on Draft Legislation

VIII Attempts and Conspiracy - prepared by Brian Grant

Attempts

Conspiracy

IX Parties to an Offence - prepared by Orlando V. Da Silva

The Current Law

Shortcomings/Proposals/Recommendations

The Law Reform Commission Proposals

Proposed Legislation

X The Criminal Liability of Corporations - prepared by Peter Lawson

Is a Distinct Principle of Corporate Criminal Liability

Necessary?

Is the LRCC's Formulation of the Principle of Corporate

Criminal Liability Adequate as to its Form and Substance?

Is the LRCC's Formulation Adequate as to its Scope?

What are the Implications of the LRCC's Provision for other

Areas of the Criminal Law?

What are the Implications of the LRCC's Provision for the Law

Governing Criminal Sanctions?

XI Sentencing Reform - prepared by Douglas Murray

Examination of Traditional Objectives

Rehabilitation

Deterrence

Incapacitation

Just Deserts

Redress to Victims

Recommendations

INTRODUCTION

The History of Criminal Law Codification and Reform Initiatives

In 1892, Canada became the first major common law country to enact a comprehensive codification of criminal law. The majority of the provisions in this *Criminal Code* were originally drafted by a British Royal Commission in 1879 under the guidance of James Fitzjames Stephen. This draft was reshaped with reference to various Canadian criminal law statutes, Stephen's *Digest of the Criminal Law in England*¹ and Burbidge's 1889 '*Digest of the Canadian Criminal Law*'². The Canadian Code reflected Stephen's philosophy of codification - that it is "the reduction of the existing law to an orderly written system"³. It was thus consolidated by looking to the past, and did not attempt to look forward or to reshape the criminal law in terms of purpose or principle³.

Since 1892, there has been only one major legislative effort to reshape the Code. This effort stemmed from a concern that our criminal law was in a disorderly and unsatisfactory state. The task was given to a Royal Commission appointed in 1949; however, their mandate contemplated a simplified restatement of the current law, rather than a fundamental re-evaluation of criminal law according to first principles⁴. As a result, the product of their work, the 1955 *Criminal Code*, was very similar in substance, language and design to the 1892 Code.

The Code has been amended often on an ad hoc basis since 1955 so that the criminal law can respond to the changing needs of Canadian society. These amendments are scattered throughout the Code as they are inserted in what is considered to be the appropriate place in the Code.

There have been several attempts at general reform of the criminal law in the last twenty-five years. It appears that the surge for reform began in the afterglow of a heightened national consciousness following Canada's Centennial Year in 1967, and the growing belief in the efficacy of law both as an instrument of social reform and as a guarantee of individual rights and freedoms⁵. There were several initiatives with respect to criminal law. In 1969, the Ouimet Committee Report

¹ For a complete history of criminal law codification in Canada, see A.M. Linden, "Recodifying Criminal Law" (1989) 14 Queen's L.J. 3. See also D.H. Brown, The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892 (Toronto: The Osgoode Society, 1989).

² Sir James Fitzjames Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol.III (London: 1883) at 350. Reprinted (New York: Burt Franklin, 1964).

³ A.M. Linden, & P. Fitzgerald, "Recodifying Criminal Law" (1987) 66 Can. Bar. Rev. 529 at 530.

⁴ Linden, *supra*, note 1 at 8.

⁵ V. M. Del Buono, "Toward a New Criminal Code for Canada" (1986) 28 Crim. L.Q. 370 at 371.

set out the need for a coherent criminal justice policy⁶. Also the report recommended that a Committee or Royal Commission be established to examine the substantive criminal law.

In 1970, the Law Reform Commission of Canada (LRCC) was created⁷. One of the first projects that the Commission undertook was to carry out a deep philosophical probe of Canada's criminal law⁸. In its report to Parliament in 1976⁹, the Commission articulated a philosophy which stressed the need for restraint in the use of the criminal sanction - it should be used only in the last resort and only in the case of real crimes¹⁰.

By the late 1970's, there was a growing impatience with the pace of criminal law reform. This impatience was illustrated by the increased involvement of the Supreme Court of Canada in criminal matters¹¹, and the emergence of a body of academic writings on criminal law¹². Also, additional government schemes were organized to further reform¹³. The most notable scheme was that which was developed in 1979, by the then Minister of Justice, Senator Jacques Flynn, in conjunction with the provincial ministers responsible for the administration of justice. A detailed workplan with the LRCC at the helm was devised and was known as The Criminal Law Review. By 1987, there was to be a Code of crimes, a Code of criminal procedure, a Code of sentencing and a new Evidence Act¹⁴.

The Review quickly fell behind schedule owing to the channeling of energies into the constitutional debate in the early 1980's and because the LRCC was not prepared for such a massive undertaking. In order to get back on track, the LRCC decided to consolidate its work into a new Draft *Criminal Code*¹⁵. This Code was to be based on numerous working papers and reports on specific topics which were being compiled by the LRCC after consultation with judges, government officials, lawyers, police chiefs and scholars.

⁶ Report of the Canadian Committee on Corrections, Towards Unity: Criminal Justice and Corrections (Ottawa: Queen's Printer, 1969).

⁷ Law Reform Commission Act, S.C. 1969-1970, c.64.

⁸ LRCC, Research Program (Ottawa: LRCC, 1972) at 12-15.

⁹ LRCC, Our Criminal Law: Report 3 (Ottawa: LRCC, 1976).

¹⁰ In 1982, the Federal Government's first comprehensive statement of policy in the criminal justice field reflected the substance of this LRCC Report. See Government of Canada, The Criminal Law in Canadian Society (Ottawa: Government of Canada, 1982).

¹¹ This began with R. v. City of Sault Ste. Marie (1978), 40 C.C.C.(2d) 353. See W.J. Braithwaite, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1978-79 Term" (1980) 1 S.C.L.R. 187.

¹² This began with the publication of the first Canadian textbook on criminal law, A.W. Mewett, & M. Manning, Criminal Law (Toronto: Butterworths, 1978).

¹³ Criminal justice policy units were established in the Department of Justice and the Ministry of the Solicitor-General.

¹⁴ *Supra*, note 5 at 375.

¹⁵ *Ibid.* at 377.

In drafting a new *Criminal Code*, the LRCC's objectives were to achieve comprehensiveness, simplicity and systematization. To meet these goals, initiatives for reform focused separately on the Special Part and the General Part of the *Criminal Code*.

The Special Part deals with the provisions with respect to specific crimes. In this part, one finds amid the modern day amendments to the *Criminal Code* several archaic and obsolete offences such as those which prohibit duelling (s.71), advertising a reward with no questions asked (s.143), dealing in crime comics (s.163(1b)), and pretending to practice witchcraft (s.365). As V.M. Del Buono stated:

"To wander through the present Code is to stare into the faces of the ghosts of all the social evils thought, at one time, to threaten the very fabric of Canadian society... it is a depository of fossils of social conflicts long since spent"¹⁶.

The Special Part of the Code drafted by the LRCC reduces the number of substantive provisions from over 400 to under 200¹⁷.

A more basic problem and a more difficult problem to solve concerns the General Part of the *Criminal Code*. A General Part performs three functions¹⁸. Firstly, it organizes the criminal law by providing general rules to avoid repetition in the offence-creating section. Secondly, it rationalizes the criminal law by setting the rules out logically and systematically. Thirdly, it illuminates the criminal law by articulating and enshrining its underlying social values.

The present General Part has been criticized for being illogical and incoherent¹⁹. The rules belonging to the General Part may be found also in the Special Part, such as the provisions on the duties tending to preservation of life (s.215-218). Other rules will be found in the common law. For example, with respect to the most central and fundamental matter in the criminal law - criminal liability - our *Criminal Code* says virtually nothing. Only the common law can answer the questions of what conduct can someone be criminally liable for, how far can one be liable for omissions, and what state of mind is necessary in general for responsibility. With respect to the general defences, no mention is made in the *Criminal Code* of the defences of necessity, automatism or intoxication, except that they may be brought into our criminal law through s.8(3) of the *Criminal Code*.

¹⁶ *Ibid.* at 370.

¹⁷ *Supra*, note 1 at 13.

¹⁸ Department of Justice, Toward a New General Part For The Criminal Code of Canada (Ottawa: Department of Justice, 1991) at 8.

¹⁹ *Supra*, note 3 at 536-7.

The LRCC has drafted a General Part which repairs these deficiencies²⁰. The immediate response from the judiciary, academics and the public concerning this draft was very positive²¹. The draft soon became a springboard for discussion. Other reform bodies, such as the Department of Justice and the Working Group on the General Part, have made recommendations with respect to specific provisions in this new document. Academics have written responses to provisions which are within their particular areas of expertise. The discussion should ultimately lead to the enactment of a distinctive new *Criminal Code* that is just, clear, comprehensive, contemporary, coherent, effective, restrained where possible and strong where necessary, reflecting the fundamental values of modern Canadian society²².

Introduction to this Submission

The papers included in this submission to the House of Commons Subcommittee on Justice and the Solicitor General focus on key areas of the proposed new General Part of the *Criminal Code* as well as sentencing. These areas, which were identified in the Department of Justice publication Toward a New General Part For The Criminal Code of Canada, were explored in depth by upper-year students at the University of Toronto Faculty of Law, under the direction of Prof. M.L. Friedland. The recommendations contained in these papers, which are shortened versions of the original works, come from a thorough analysis of proposals made by Canadian law reform bodies and of scholarly responses to these proposals. Reference may also be made to the American Law Institute's Model Penal Code,²³ the English law Commission's Draft Criminal Code,²⁴ and to recommendations made by law reform bodies in Australia and New Zealand.

As will be evident from a thorough examination of the papers, each of the authors has his/her own perspective of the principles underlying the criminal law which is in turn reflected in the recommendations made on each particular topic. However, all of the authors see the need for a more comprehensive, coherent and contemporary *Criminal Code*. We hope that although the constitutional crisis continues and even though there is no longer a Law Reform Commission of Canada, there is enough momentum to put Canada once again in the forefront of codification of criminal law in the year of the 100th anniversary of the *Criminal Code* of Canada.

²⁰ The draft General Part and the draft Special Part are found in LRCC, Report 31: Recodifying Criminal Law (Ottawa: LRCC, 1988). It was tabled in Parliament on May 19, 1988 by the Minister of Justice, the Honourable Mr. Ray Hnatyshyn.

²¹ *Supra* note 1 at 21.

²² *Supra* note 3 at 545.

²³ The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries (Philadelphia: The American Law Institute, 1985) [hereinafter "Model Penal Code"].

²⁴ The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales, Vol. 2: Commentary on Draft Criminal Code Bill (London: Her Majesty's Stationery Office, 1989) [hereinafter "English Draft Code"].

EXECUTIVE SUMMARY

Omissions:

The first paper deals with the place of omissions in the criminal law. The author supports the need for a general statement in the General Part that omissions should not attract liability unless there is some legal duty to act, and supports a listing in the General Part of duties requiring acts. He supports the inclusion of the duties proposed by the LRCC except for the duty to rescue, which is discussed in detail. With respect to the defence of physical impossibility for crimes of omission, the author feels this is not only redundant, but may also be too restrictive.

The Mental Element:

The LRCC proposals are discussed and the author believes that they have achieved comprehensiveness, but have equated simplicity with compression and have sacrificed systematization in the process. Its application section, although achieving definitional convenience and clarity, has, unfortunately, succumbed to undue complexity. Rather, the legislature should adopt a section similar to the American Law Institute's s. 2.02(1) which would apply the definitions of purpose, knowledge, recklessness, and negligence with greater specificity and reach.

The author suggests that the legislature, contrary to the LRCC's recommendations, should provide for a definition of "knowledge" which would incorporate the concept of "willful blindness" and recognize the logical and inherent distinctions between "knowledge" and "purpose." Lastly, the legislature should adopt the LRCC's alternative formulation of "recklessness" and alter the "Residual Rule" such that the mental element would default at "recklessness" and not "purpose" where the requisite *mens rea* is not specified in the definition of the crime.

Mistake of Fact:

The author of this paper suggests that the contradictory, highly contrived and at times unprincipled decisions emanating from the courts constitutes a clear signal to Parliament to codify a mistake of fact defence. The LRCC proposals are consistent with the traditional approach to mistake of fact and are, accordingly, supported.

However, when the crime involved is a sexual assault, the "mistake of fact" doctrine should be applied differently in determining the existence of consent. Namely, given the tendency and danger of sexist views and stereotypes invading the court's determination of when consent is present (even when a "reasonable mistake" standard is used), the issue should be treated as a question of law rather than a question of fact. Except where there is a genuine breakdown in

communication between the sexual partners, the operation of the "mistake of fact" defence would effectively be precluded, thereby preventing social norms and beliefs (however sexist) from being used to usurp women's rights and safety.

Intoxication:

The LRCC proposals are discussed in this paper and the author believes that they should be adopted because, compared to the alternatives, they are the most consistent with the policy objectives of criminal law reform. Despite the fact that the provisions represent a departure from the subjective standard of criminal liability, very few accused would be affected, given how rarely evidence of intoxication is used successfully to negate *mens rea*. In addition, the LRCC provisions accord with society's view that people who commit harmful acts while intoxicated should be punished and they also correspond with the public's interest in deterring harmful behavior.

The Insanity Defence:

The paper on the insanity defence begins with the author looking at the principles behind criminal responsibility. It is assumed that humans are rational and autonomous beings, and therefore, the insanity defence should exempt from criminal liability those who are incapable of rational choice. The discussion that follows reveals that the current law in Canada and the proposals by Canadian law reform bodies do not exempt those incapable of rational choice, but rather only those who are incapable of rational thought. After an analysis of proposals for reform in other jurisdictions, the author proposes draft legislation which fully exempts from criminal liability those who are incapable of rational thought and those incapable of rational choice. A partial exemption is also proposed for those whose abilities for rational choice are substantially impaired by mental illness.

Necessity and Duress:

Traditionally, the law distinguishes between duress and necessity; the former relates to threats made against the person by other people; the latter covers threats against persons arising out of circumstances. The author suggests that although the LRCC maintains this bifurcation, it is clearly an untenable distinction in so far as events can be just as lethal as people and subject the actor to the same sorts of pressures. What matters is not the source of the compulsion but the motive of the actor. Consequently, the General Part should incorporate "Duress" and "Choice of Evils" provisions that would distinguish between cases where the actor decided to act in his or her own interest at the expense of society and cases where he or she promoted the interests of society irrespective of personal cost.

This author proposes that to qualify for the defence, the accused would have to demonstrate that the harm was "objectively" serious and that it genuinely caused him or her to respond the way he or she did. The harm must also be imminent and of such a nature that there are no reasonable or reasonably apparent means to avoid the harm legally. One would be precluded from raising the defence if one recklessly or negligently (if negligence is sufficient to ground the offence charged) exposed oneself to the likelihood of compulsion. The defence would only be available if the harm avoided (or sought to be avoided) "substantially" outweighed the harm created. Moreover, the defence should be flexible enough to apply, if the jury so decides, even if the accused killed or caused serious physical or psychological harm.

Entrapment

The two dominant approaches to entrapment - the subjective and objective approaches - are discussed, and it is illustrated that the Canadian courts have chosen primarily an objective approach. The author supports the codification of the test as developed by the courts, as opposed to continuing to develop the defence at common law. However, it is recognized that the notion of entrapment does not fit well within the confines of the General Part of the *Criminal Code*. The preferable approach would be to codify entrapment as a procedural defence which would maintain the focus of the judiciary on the maintenance of the good repute of the administration of justice.

Attempts and Conspiracy:

The author of this paper believes that the law of attempts should be codified as enunciated in Deutsch (S.C.C., 1986) such that the accused must take a "substantial step" toward a course of criminal conduct and that step must be sufficiently proximate to the harm attempted. In sentencing an individual guilty of an attempt, the judge should have enough discretion to take into account all of the surrounding circumstances and impose the full penalty of the completed offence for the attempt. This maximum sentence, combined with a defence of abandoned intention, would provide strong incentives to actors to renounce their criminal purposes at any stage in their courses of conduct.

With respect to conspiracy, the author states that the LRCC's recommendations should be adopted because they are clear and concise, they codify the accepted definition of "conspiring," they are consistent with the current Canadian common law, and do not create any further complications. The only addendum recommended is the addition of an "abandoned intention" defence which would breathe life into the justification for the law against criminal conspiracy, i.e., that certain activities must be stopped before they cause harm.

Parties to an Offence:

In this paper, the author states that the LRCC's "furthering" provisions are a marked improvement over the current law in so far as simplicity is concerned. However, in attempting to make the provisions simpler, the LRCC neglected to recognize the difficulty in applying their *mens rea* provisions as structured in their Application Section to accomplices. A preferable approach would be to carefully delineate the *mens rea* requirements for accomplices in their capacity as accomplices. Moreover, the legislature's approach to *mens rea* should be guided by the fact that the scope of accomplice liability has been inappropriately broadened by the inherent difficulties in applying causation doctrine to the activity of accomplices. In short, the author feels that there should be two levels of moral culpability reflected in the law: full culpability for those who act with "purpose" and less than full culpability for those who act merely with "knowledge" or some lower level of *mens rea*.

Corporate Criminal Liability:

With respect to corporate criminal liability, the author supports the decision of the LRCC to codify a provision and to base the content of the provision on Canadian Dredge and Dock Co. Ltd. v. The Queen (1985), the leading Supreme Court of Canada case. However, the author believes that the requirement that individual culpability be established as a basis for imputing liability to the corporation must be jettisoned. The author also discusses the scope of such a provision and the implications of its inclusion on the law governing criminal sanctions and other areas of the criminal law.

Sentencing:

A paper on sentencing is included in this submission. The author of this paper discusses the traditional objectives of sentencing and suggests that the "just deserts" rationale (that punishment be in proportion to the particular crime committed), tempered with the secondary objectives of rehabilitation and redress to victims be used to guide Canada's sentencing process. The objectives of general deterrence and incapacitation are explicitly rejected. The author makes several recommendations with respect to this new approach to sentencing, such as abolition of the current concept of parole, creation of a "Sentencing Supervision Board," revocation of the "dangerous offender" provisions, and consideration of a list of factors in the course of sentencing.

Omissions

Alex Colvin

How the criminal law deals with omissions is a question that goes to the heart of our conceptions of morality and crime. One may feel outrage at a failure to punish a person who neglects to throw a rope to someone drowning when it would be easy to do so. Yet, one may also feel outrage if a person is prosecuted for mere wrongful thoughts when they are not acted out. Setting duties under threat of criminal sanction may cause legitimate fears of diminishing liberty and increasing totalitarianism..

The broad issue of where "omissions" belong in the criminal law may be broken up into a series of questions. The basic question is whether or not omissions should attract criminal liability. If the legislature decides as a general rule there will be no liability for omissions, then it must also decide whether to allow any specific exceptions to the rule. A particularly significant exception that some have proposed is the creation of a criminal offence of failure to rescue. If one may be culpable for certain omissions, it must also be considered whether to provide for defences relating to the inability to perform the act required. Assuming that the difference between an act and an omission has significance for the criminal law, it is important to differentiate between the two.

The Current State of the Law

At present, Canadian criminal law follows the general rule that omissions do not constitute culpable behaviour. This rule is not set out in the *Criminal Code*. Instead, it is a common law rule that is deeply rooted in the English criminal law.

There are a number of specific exceptions to this general rule, such that liability is imposed for specific omissions. These exceptions, which can be found both in the common law and in the Code, may be divided into three groups. The first group consists of duties arising out of relationships of care and protection. These duties are given statutory expression in section 215 of the present Code under the heading "Duty of Persons to Provide Necessaries". A second group of exceptions are duties arising from specific undertakings to act. This has also been included in the present Code in section 217. A third group of exceptions has arisen through the common law. It creates duties to act when a person was causally responsible for the creation of a dangerous situation. While these three groups may mark the traditional limits of criminal liability for omissions, there are also a number of exceptions to the general rule arising out of non-cooperation with law enforcement authorities. An example of this is s.252, which makes it an offence to fail to remain at

the scene of an accident for a person who was operating a vehicle involved in the accident. These exceptions may arise out of policy concerns relating to difficulties in enforcing the law²⁵.

It has been suggested that a defence of impossibility, which is particularly relevant to crimes of omission, exists at common law²⁶. This defence arises in situations where a duty to act exists, but the performance of that duty is physically impossible.

The Law In Other Jurisdictions

The other common law countries have maintained the traditional common law position that there is generally no criminal liability for omissions. The New Zealand Crimes Bill contains provisions similar to those in the General Part of the Law Reform Commission of Canada's (LRCC) Draft Code, providing for liability for omissions only where specified in the offence, or where death results from omission to perform a duty. In the Australian Draft Criminal Code, duties that will incur criminal liability are specifically enumerated²⁷. The list does not appear to be exhaustive, but rather covers duties similar to those the LRCC has included in its Draft Code. The duties in the Australian Draft Code are listed at the beginning of the part dealing with "Offenses Relating to Persons". The list of duties contains both situations where there is a special relationship with the person to whom the duty is owed²⁸ and situations where there is a course of conduct in which there is a duty of care²⁹. An interesting feature of the Australian proposals is that along with the particular duties enumerated, they include three interpretive provisions listed in the same section. The first provides that for duties to persons in a special relationship, it is immaterial how the charge arose. The second is that the effect of a breach of any of the duties is that the person committing the omission is held to have caused any consequences to the life or health of any person to whom he owes the duty. Thirdly, the breach of duty does not itself give rise to any civil action.

In contrast, the English Law Commission's Draft Code only deals cursorily with omissions, but seems to allow for offenses where the definition indicates they may be committed by omission. The American Law Institute's (ALI) Model Penal Code provides for criminal liability for omissions only where such is expressly specified in the definition of the offence or where a duty to perform the act is otherwise imposed by law. The ALI's treatment of the question of omissions is very brief. It contains no enumeration of what general duties are imposed by law.

25 E. Colvin, Principles of Criminal Law (1st ed.) (Toronto: Carswell, 1986) at 54; D. Stuart, Canadian Criminal Law: A Treatise (2nd ed.) (Toronto: Carswell, 1987) at 77-8.

26 *Ibid.*, Colvin at 205, Stuart at 427-8.

27 Law Council of Australia, Draft Criminal Code for the Australian Territories (Parliamentary Paper No. 44) (Canberra: Commonwealth Government Printing Office, 1969) at 22, 68-70.

28 Including: a "Duty to Provide Necessaries" to those under one's charge who are unable to provide for themselves; and a "Duty of Person in Charge of a Child".

29 Including: a "Duty of Persons Engaging in Dangerous Conduct"; a "Duty of Persons in Charge of Dangerous Things"; and a "Duty to do Certain Acts", which covers failures to carry out undertakings.

None of the above formulations contain significant variations on the current law in Canada. One common law jurisdiction that has altered the traditional rule regarding omissions is the State of Vermont. There, it is an offence to refuse aid to those exposed to grave physical harm.³⁰ As of yet, however, there do not appear to have been any reported uses of the provision in cases.³¹ This may be due to the penalty for violations being limited to a \$100.00 fine. Minnesota has now joined Vermont in enacting a law that makes it an offence to fail to render aid in an emergency, when this can be done without danger to the rescuer or other persons³².

While the provisions in Vermont and Minnesota are unusual among common law jurisdictions, they have parallels in most civil law jurisdictions. In a process that began in Russia in 1845, nearly all European civil law jurisdictions have included a duty to rescue provision in their criminal codes. A major reason for the widespread enactment of these provisions in civil law countries is that the civil law has traditionally not made the sharp distinction between acts and omissions that exists in the common law. As a result, there is a lack of a corresponding reluctance on principle to penalize omissions in the civil law countries.

It should also be noted that a duty to rescue has been included in section 2 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms:

2. Every human being whose life is in peril has a right to assistance.

Every person must come to the aid of anyone whose life is in peril, either personally or by calling for aid, by giving him the necessary and immediate physical assistance, unless it involves danger to himself or a third person, or he has another valid reason.³³

³⁰ Vt. Stat. Ann. tit. 12, S.519 (1973) provides:

(a) A person who knows that another is exposed to grave physical harm shall, to the extent that the same can be rendered without danger or peril to himself or without interference with important duties owed to others, give reasonable assistance to the exposed person unless that assistance or care is being provided by others...

(c) A person who wilfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100.00.

³¹ A case where it could possibly have been used was State v. Valley 571 A.2d 579 (Vt. 1989), where an eighteen year old mother failed to obtain necessary medical treatment for her infant child. She was convicted of involuntary manslaughter based on the common law duty between mother and child.

³² A.D. Woozley, "A Duty to Rescue: Some Thoughts on Criminal Liability" (1983) 69 Va. L. Rev. 1273 at 1274.

³³ Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1975, c.50, s.2.

The wording of this section closely parallels that used in the duty to rescue provisions in other civil law jurisdictions.³⁴ However, since Canadian criminal law is based on common law, not civil law, it may be that this section has no effect on criminal liability.³⁵

Recommendations

Recommendations for reform will be set out in relation to the proposals contained in the LRCC Draft Code. A general statement in s.2(3)(b) regarding omissions not attracting liability unless there is some legal duty to act should be enacted as stated in the Draft Code:

- 2.(3)(b) Omissions.** No one is liable for an omission unless:
- (i) It is defined as a crime by this Code or by some other Act of the Parliament of Canada; or
 - (ii) It consists of a failure to perform a duty specified in this clause.

Putting a list of duties into the General Part of the Code is a useful proposal of the LRCC that would allow people to more easily know the extent of the duties incumbent upon them. A clear and concise statement of duties in the General Part would attract general attention and would be in an accessible format. The concern about ensuring that the public is informed about the criminal law is heightened in relation to omissions. In relation to criminal acts one can always do the right thing by refusing to become involved. With criminal omissions one must be aware of what course of action one must follow.

The list of duties proposed by the LRCC should be enacted with one exception. This is the proposed duty to those in shared hazardous enterprises, which is the only duty on the list representing a new duty which does not exist under the present Code or at common law. Situations where this duty might arise would generally be covered by the duty to carry out undertakings given or assumed. Where it cannot be said that any undertaking was assumed, the new duty would in effect create a duty to rescue without any special relationship to justify it. If a

³⁴ For example, the French Criminal Code imposes liability for, "Any person who wilfully fails to render or to obtain assistance to an endangered person when such was possible without danger to himself or others....".

³⁵ For an argument that it does have this effect, see Stuart, *supra*, note 25 at 82. In addition, the LRCC refers to a case in Quebec using Article 2, where a homicide conviction was based on failure to provide the necessities of life to a common law spouse: *B. v. Fortier* (17 November 1980), Longueuil, Quebec 500-01-00501-805 (Sup. Ct.). Stuart suggests, however, that such results violate s.15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, since they would lead to unequal treatment by the criminal law in different parts of the country.

duty to rescue is desired, it should be enacted as a separate provision. With the shared hazardous enterprises provision removed, the Draft Code list of duties would be:

2.(3)(c) Duties. Everyone has a duty to take reasonable steps, where failure to do so endangers life, to:

- (I) provide necessities to**
 - (A) his spouse,**
 - (B) his children under eighteen years of age,**
 - (C) other family members living in the same household, or**
 - (D) anyone under his care**
- (II) carry out an undertaking he has given or assumed;**
- (III) rectify dangers of his own creation or within his control.**

The medical treatment exception proposed by the LRCC should also be enacted. It would serve an important function in protecting medical professionals from potential criminal liability for failing to provide necessities in situations where it is justifiable to withdraw medical treatment:

2.(3)(d) Medical Treatment Exception. No one has a duty to provide or continue medical treatment which is therapeutically useless or for which informed consent is expressly refused or withdrawn.

In its chapter on defences, the Draft Code includes a defence of physical impossibility for crimes of omission. A defence of impossibility is really just a denial of the *actus reus* for crimes of omission. The *actus reus* of a crime of omission consists of not doing an act which could have been performed even though there was a legal duty to perform it. If the act could not have been performed, there is no *actus reus*. As a result, the provision of a specific defence of impossibility is redundant. In addition, a specific provision might be restrictive in that by providing for situations of physical impossibility it might suggest that there would be no defence of impossibility arising in situations where the required act could not be performed due to a genuine psychological condition. Given these problems, the proposed defence of impossibility should be removed from s.3(1)(a) of the Draft Code.³⁶

Problematic situations arise where the act is being performed through a machine and the omission is the failure to change the situation of the machine. In Eagan v. Metropolitan Police Commissioner³⁷ a conviction of assault was upheld against a person who had refused to move his car that he had accidentally driven onto a police officer's foot. It might be advisable to include in the General part of the Code a statement that for purposes of differentiating between acts and omissions, a machine operated by a person should be considered as an extension of that person.

The LRCC has proposed that a specific offence of Failure to Rescue be included in the Special Part of the Draft Code. This would create a sharp break from past legal practices in the common law world. It would throw into doubt the general rule that acts may attract criminal liability, while omissions generally will not. If such a change were made, it would be of sufficient importance that it should be included in the list of duties in the General Part. Some of those who are critical of the common law reticence to punish omissions argue that this reflects outdated, individualistic ideas of laissez-faire liberalism. This individualism is said to contradict the contemporary ethic in the welfare society of social responsibility. But this change should not be made. There has long been a concern about the degree of state control that could arise under the criminalization of omissions. Failing to act in the best way is a general human weakness. The modern state has a variety of regulatory tools at its disposal to encourage its citizens to act in a more responsible fashion. Its most severe sanction, the imposition of criminal liability, should generally be retained for anti-social acts and only imposed for omissions where the acceptance of some special relationship by the person justifies a higher standard being imposed on them. More particularly with regard to failures to rescue, it has long been a concern of the common law that it is impossible to know the mind of a person. Where an act has been committed, it is generally possible to infer that a decision has been made to commit it. With a failure to rescue, no such state of mind can be inferred. The accused person may have had a malicious frame of mind or may simply have panicked or suffered a lack of courage when faced with an emergency situation. It is right that people should be encouraged to be resolute and to assist in an emergency situation. That does not mean that the criminal law should be used to be vindictive towards those whose human weaknesses are exposed in such an emergency situation.

Therefore, it is proposed that the Draft Code should not include s.10(2), the proposed Failure to Rescue provision. However, it is believed that if the provisions supported above are adopted by the Subcommittee on Justice and the Solicitor General, this will lead to much greater clarity with respect to the law in relation to omissions.

36 After the removal of the impossibility defence, the section would state:

3(1) Lack of Control.

(a) Compulsion, Automatism. No one is liable for conduct which is beyond his control by reason of:

(i) physical compulsion by another person; or
(ii) factors, other than loss of temper or mental disorder, which would similarly affect an ordinary person in the circumstances.

37 [1969] 1 Q.B. 439, [1968] 3 W.L.R. 1120, 52 Cr.App.R. 700, [1968] 3 All E.R. 442.

The Mental Element

Alex Kurke

The Law Reform Commission of Canada ("LRCC") in its Report 31: Recodifying Criminal Law ("Report 31"), indicates that its four objectives in producing a new Code include comprehensiveness, simplicity, systematization and principle.³⁸ The result succeeds in resolving many of the difficulties inherent in the current *Criminal Code*. Unfortunately, in many instances, new problems are created, problems that vitiate the LRCC's Code as it now stands. The mental element is obviously a crucial component of the final product. However, while the LRCC has achieved some measure of comprehensiveness in its provisions setting out the mental element, it appears in many instances to have equated simplicity with compression, and too often to have sacrificed simplicity to systematization.

The Application Section:

The LRCC has attempted to replace the principle of law that the use of any *mens rea* word imported into an offence provision applies to every element of the offence. Unfortunately, the LRCC's proposal takes us only a short step forward, by altering that principle to a limited extent, but at the cost of simplicity, elegance, and some certainty.

The LRCC, in s. 2(4)(a) of its Code, offers general requirements concerning levels of culpability to be read into the definition of individual crimes. Three applicable states are defined: (i) crimes requiring purpose; (ii) crimes requiring recklessness; (iii) crimes requiring negligence. Each of these levels of culpability is further subdivided, setting culpability levels for conduct, consequences, and circumstances, which are therefore determined to be the material components of the mental element. The provisions in s.2(4)(a) take their meaning from the definitions of "purposely", "recklessly", and "negligently" found in s. 2(4)(b). These definitions also speak in terms of conduct, consequences, and circumstances.

The process of interpretation of the Code would, therefore, involve (a) a consideration of a crime in the *Special Part*, and the level of culpability it requires; (b) reference to s. 2(4)(a), with its elemental requirements for conduct, consequences, and circumstances; and (c) consultations of the definitions in s. 2(4)(b) for each element of s. 2(4)(a).

Even a brief consideration of this mechanism reveals how cumbersome it is. Far from simplifying and clarifying the law, s. 2(4)(a) interposes an exegetical hurdle between an offence and the mental element involved.

³⁸ *Supra*, note 20 at 9.

The benefits of the "Application Section" in s. 2(4)(a) would appear to be definitional convenience and clarity, in that definitions that are contrary to common understanding are placed at a further remove from the offence in question. Do these benefits come unalloyed? Anne Stalker criticizes some of the definitional peculiarities and innovations of the LRCC in its application provision for "purpose" crimes, in particular, the requirement merely for recklessness with respect to circumstances in a purpose crime.³⁹ If such complex definitions could be avoided, then, presumably, the issue of definitional convenience would be rendered moot. Moreover, the undesirable complexity of thought and expression of these application sections do little to bring the criminal law within the understanding of the layperson.

Are there alternative means of setting out the mental element, that offer convenience and clarity? The scheme developed by the ALI in its Model Penal Code offers a superior alternative. S. 2.02 of the Model Penal Code offers General Requirements of Culpability. S. 2.02(1) provides:

Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.⁴⁰

The Model Penal Code then defines each state of mind in terms of its component mental elements: conduct, result, and circumstances. When individual states of mind are required for elements of an offence, they are inserted directly into the definitions of individual offences.

If a scheme such as that employed by the Model Penal Code were to be employed in Canada, not only could the levels of culpability defined in the *General Part* be employed with much greater specificity in the *Special Part* definitions of offences, but if necessary, new levels of culpability could be defined and implemented without the need to rework the cumbersome *Application Section*.

Purpose and Knowledge:

In its Working Paper 29, the LRCC commented on the place of knowledge in criminal liability:

Knowledge ... is the necessary condition for criminal liability. It is not, however, a sufficient condition for several reasons. First, the definition of the offence in

³⁹Anne Stalker, "The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique" (1989) 14 Queen's L.J. 119 at 123-124.

⁴⁰Supra, note 23.

question may require some special purpose on the part of the accused. Second, the offence may be one which can be committed only with some motive connected with the value infringed by that offence, e.g. without lawful excuse, fraudulently, corruptly, etc. Third, an accused may act knowingly but still not be liable because of the operation of some general defence, e.g. duress, necessity or self-defence. In all these situations knowledge alone will not entail liability but lack of knowledge precludes guilt. Knowledge, then, remains the *sine qua non* of liability for crimes.⁴¹

The Code offered in Report 31 accords with this train of thought. The Application Section, s. 2(4)(a), offers mental states of purpose, recklessness, and negligence, but not knowledge. Instead, knowledge is invoked for purpose crimes in s. 2(4)(a)(i)(C). What is particularly unfortunate, therefore, is that s. 2(4)(b), which offers definitions of "purposely", "recklessly", and "negligently", offers no definition for "knowingly". It has been submitted above that the Application Section is unnecessary and overly complex. A knowledge definition should be included among the other definitions if the *Application Section* is abandoned. However, even if the Application Section scheme is retained, it is evident that a knowledge definition should find its way into s. 2(4)(b).

In many instances, purpose and knowledge differ. The LRCC has done much to accommodate these situations in its scheme. The fact that the LRCC offers solutions to many problems is undeniable. However, in provisions as central to the criminal law and its public reception as those concerning the mental element, simplicity, where it can be achieved, ought to be the primary concern.

To begin, consider the situation where an actor desires one result, which can not be achieved without another undesired result coming to pass as well. The LRCC has provided for this situation in s.2(4)(b) "purposely" (ii), in which purposefulness as to a consequence is presumed, if the actor brings about a consequence she knew would come about, in the course of bringing about a desired consequence. The LRCC comments on this provision:

As applied to consequences, the term "purposely" covers not only the usual case where the consequence is what the accused aims at but also cases . . . where his aim is not that consequence but some other result which, to his knowledge, will entail it: for example, if D destroys an aircraft in flight to recover the insurance money on it and thereby kills the pilot V, he is still guilty of killing V on purpose even though this is not in fact his aim.⁴²

⁴¹LRCC, Criminal Law – The General Part: Liability and Defences (Working Paper 29)(Ottawa: Law Reform Commission,1982), at 26.

While the provision would appear to accomplish its end, it would be beneficial to phrase the provision in terms of "knowingly" and include a definition in s. 2(4)(b). What purpose is served by confusing the issue and semantically implying that D wanted to kill the pilot? If it is enough that D knew the pilot would die, then why not simply say so?

What of a situation such as that in Steane, where the accused made broadcasts for the enemy during World War II, his desire being to protect his family from retribution by the Germans, but presumably knowing that the Germans would be assisted by his activities.⁴³ At trial, Steane had been convicted of doing acts likely to assist the enemy "with intent to assist the enemy", but the Court of Criminal Appeals effectively read the statute as though it read "for the purpose of assisting the enemy". Similarly, in Morris.⁴⁴ involving a murder conviction, an evidentiary point revolved around whether a witness, Taylor, was an accessory after the fact to the murder. Taylor had witnessed Morris's attacks on the deceased, and had telephoned the police. However, when the police arrived, Taylor told them that "she is alright, she's just sleeping." In fact, the victim was dead. S. 23(1) of the *Criminal Code* makes someone an accessory after the fact who, "knowing that a person has been a party to an offence . . . assists him for the purpose of enabling him to escape." In a plea reminiscent of that in Steane, Taylor claimed he had spoken these words because he was afraid of Morris, and feared being charged with her death himself. For the majority of the Supreme Court of Canada, Ritchie J. felt that the words were not spoken to enable Morris to escape, while Spence J., for the minority felt that Taylor's fears were irrelevant. In any case, as in Steane, there seems to be an essential distinction between desiring a consequence, and merely knowing it will come to pass. Legislation can indicate this distinction (or be found to do so) if it indicates a further purpose involved in an activity, beyond a mere knowledge that a consequence will come about. What is wanted is not merely a means of "catching" individuals such as Taylor or Steane, whom the defence of duress may assist anyway, but a principled understanding that knowledge that a result will come about could also attract liability. An actor with knowledge that a prohibited consequence will result from her actions should likely be punished, but she should not be presumed to desire such a consequence.⁴⁵

⁴² *Supra* note 20 at 24.

⁴³ B. v. Steane, [1947] 1 K.B. 997 (C.C.A.). Steane's plight might be dealt with under the new Code through duress, but it is noteworthy that there will be no protection for those who feel pressured to do an act, knowing that it will bring about a prohibited consequence, but the pressure does not amount to the level required for the defence of duress.

⁴⁴ Morris v. B., [1979] 2 S.C.R. 1041.

⁴⁵ This is perhaps a criticism that can be levelled generally at the LRCC's choice of the term "purpose" to denote intent. While it does not carry the semantic baggage of the general and specific intent controversy (as illustrated, for example, in B. v. George, [1960] S.C.R. 871), the term "purpose", if it is defined to include mere knowledge, may prove confusing.

Some offences are virtually defined by the knowledge of the accused. Thus, for instance, possession of property obtained by crime requires that the accused know that "all or part of the property or thing or of the proceeds was obtained by or derived directly or indirectly from the commission in Canada of an offence punishable by indictment".⁴⁶ The LRCC focuses on the activity rather than the nature of the property. Since knowledge as to circumstances is part of purpose offences, it could be argued that possession is still a crime, but it has become a purpose offence. Thus, s. 18(6) of the proposed Code, "Possession of Things Obtained by Crime" provides:

Everyone commits a crime who has possession of any property or thing, or the proceeds of any property or thing, obtained by a crime committed in Canada or committed anywhere, if it would have been a crime in Canada.

Under the new Code, this would be a "purpose" crime, through the residual rule in s. 2(4)(d).

While it must be admitted that the approach taken by the LRCC works in these circumstances, one is left wondering whether it would not be better to acknowledge most offences in terms of knowledge, and preserve the category of "purpose" for those offences actually requiring a higher level of culpability than mere knowledge. The preservation of a distinction between knowledge and purpose would result in greater clarity of thought, and avoid the awkward definition of purpose as including knowledge.

In addition, the *Criminal Code* is not the sole criminal instrument in the federal arsenal. Other statutes, defining other offences, also exist and depend upon definitions offered in the *Criminal Code*. Thus, s. 2 of the *Narcotics Control Act*⁴⁷ defines "possession", a critical concept for that statute, as "possession as defined in the *Criminal Code*." Will that definition now entail the wholesale importation into the *Narcotics Control Act* of the *Application Section* of the new Code, with its absorption of knowledge into purpose?

Lastly, as much as possible, a statute, to be effective, should be drafted in terms and conceptions familiar and clear to the people it serves. It is submitted that compression can not stand in for clarity, and that indirect forms of thought, such as in defining mere knowledge as purpose, may well render the new Code, which is destined to be one of the most important of all federal statutes, unintelligible to Canadians.

⁴⁶ *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 354(1)(a).

⁴⁷ R.S.C. 1985, c. N-1.

Knowledge and Wilful Blindness:

Intimately connected with knowledge is the concept of wilful blindness. In its classic sense, wilful blindness serves as a halfway house between intention and recklessness. While recklessness involves actual knowledge of a risk, but a decision to continue one's conduct nonetheless, wilful blindness involves an awareness that an inquiry should be taken into a risk, but a decision to proceed without the inquiry, in order to avoid knowledge. The LRCC has not directly confronted the issue of wilful blindness.

In essence, the notion of wilful blindness serves to convert recklessness into actual knowledge.⁴⁸ The English Law Commission notes:

8.10 "knowingly": *knowledge and "wilful blindness"*. . . . English criminal law has commonly treated a person as knowing something if, being pretty sure that it is so, he deliberately avoids taking advantage of an available means of "actual knowledge". It is this state of mind which, we believe, has to be captured by a short form of words. Clause 18(a) therefore treats a person as acting "knowingly" with respect to a circumstance "not only when he is aware that it exists or will exist, but also when he avoids taking steps that might confirm his belief that it exists or will exist."⁴⁹

It is submitted that this reasoning is equally appropriate in the Canadian context. A definition of "knowledge" should be added to the General Part of the *Criminal Code*, and should be defined to include wilful blindness.

Recklessness:

The LRCC has offered alternative provisions on recklessness in s. 2(4)(b):

"Recklessly." A person is reckless as to consequences or circumstances if, in acting as he does, he is conscious that such consequences will probably result or that such circumstances probably obtain.

[Alternative

"Recklessly." A person is reckless as to consequences or circumstances if, in acting as he does, he consciously takes a risk, which in the circumstances known

48 Colvin, *supra*, note 25 at 125.

49 *Supra*, note 24 at 191-192.

to him is highly unreasonable to take, that such consequences may result or that such circumstances may obtain.]

The LRCC preferred the first formulation above, and noted:

The first formulation of "recklessly" locates the central meaning of the term in the notion of consciousness of probability. The accused need not aim at the consequences but need only know they are probable; he must foresee their likelihood. Likewise he need not know of the existence of the circumstances specified by the definition but need only know that they probably exist; he must realize their likelihood.⁵⁰

This formulation does indeed capture the idea that what is involved is the likelihood of a consequence coming about or a circumstance existing. The central idea relates recklessness directly to the near certainty required for knowledge or purpose, and defines recklessness to include some lesser level of certainty on the actor's part.

However, a crucial element has been omitted from this definition. That element is the objective analysis of the risk involved in the conduct. Risk should not be seen merely as involving subjective knowledge of likelihood of an event happening, but also as involving a further objective calculus of whether the risk was justifiable in the circumstances. The LRCC offers examples of the operation of the alternative definition:

The alternative formulation defines "recklessly" as a function of two factors: (1) the risk consciously taken, and (2) the objective unreasonableness of taking it in the circumstances known to the accused. A risk may be one of less than fifty per cent but may still be most unreasonable and therefore reckless: if D deliberately points a loaded gun at V, this would generally be regarded as reckless despite a less than fifty per cent chance of the gun going off. Conversely, there may be a high probability of a consequence without recklessness if the risk is not unreasonable in the circumstances: a surgeon performing an operation with more than a fifty per cent chance of death will not necessarily be reckless, as when, for example, he performs a dangerous operation on a consenting patient to save his sight, hearing or other faculty.⁵¹

⁵⁰ *Supra* note 20 at 24.

⁵¹ *Ibid.*

A mixed objective and subjective test offers a greater degree of certainty in assessing whether conduct is deplorable or defensible, but does require the interposition of a trier of fact to determine when the risk has been unjustifiable. In Canada, under the LRCC's alternative definition, the trier of fact would be asked to determine whether the risk was "highly unreasonable to take."

Further support for this definition may be found in judicial authority. Thus, Martin J.A. defined recklessness:

The term "recklessly" is here taken to denote the subjective state of mind of a person who foresees that his conduct may cause the prohibited result but, nevertheless, takes a deliberate and unjustifiable risk of bringing it about.⁵²

While judicial dicta alone should not circumscribe the process of law reform, justice and accuracy also favour the accepted definition of recklessness. For the above reasons, the LRCC's alternative definition of recklessness is the better choice for a new codification of the criminal law.

The Residual Rule:

In s. 2(4)(d) of their proposed Code, the LRCC provides:

Residual Rule. Where the definition of a crime does not explicitly specify the requisite level of culpability, it shall be interpreted as requiring purpose.

The LRCC's only note on this provision is that it will avoid the repetition of fault elements in purpose crimes in the *Special Part*, but of course levels of culpability must still be specified in "reckless" and "negligent" crimes.

Inasmuch as most definitions in the *Special Part* do not explicitly specify a requisite level of culpability, it can be inferred that the LRCC intends most crimes to require purpose, which, we have seen, also includes knowledge. But is this the proper "default" level of culpability? As we explore this question, one must bear in mind that the only functional distinction currently drawn in the LRCC *Application Section* scheme between purpose crimes and crimes of recklessness, lies with respect to the consequences of someone's actions (see s. 2(4)(a)(i)(B) and s. 2(4)(a)(ii)(B)).

⁵²R. v. Buzzanga and Durocher (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), at 379.

The law, where no culpability level is indicated, currently extends culpability down to recklessness. Thus Martin J.A. notes:

The general *mens rea* which is required and which suffices for most crimes where no mental element is mentioned in the definition of the crime, is either the intentional or reckless bringing about of the result which the law, in creating the offence, seeks to prevent[.]⁵³

Undoubtedly, such a rule will result in holding more people culpable for offences than if purpose were required. However, the response to this concern lies in extending the residual rule to recklessness, but punishing recklessness less severely than purpose or knowledge. As Stalker notes:

[F]or most offences, risk-taking is as culpable as purpose in the eyes of most Canadians and should at least found conviction, even if the sentence is less severe.⁵⁴

Such a rule also the further advantage of requiring that the higher culpability levels be stated explicitly when they are mandated for an offence.

Conclusion:

The LRCC, in its Report 31, is to be commended for making a good start to the recodification process. However, simply because the document appears in a finished format, it ought not therefore be considered to be uncontroversial. Much work remains to be done, particularly in the central provisions concerning the mental element.

⁵³ *Ibid.* at 381. See also Pappajohn v. B. [1980] 2 S.C.R. 120 per Dickson J., at 146.

⁵⁴ *Supra*, note 39 at 129.

Mistake of Fact

Pamela Snively

Mistake of fact as a defence in criminal law has never been codified, and, in theory, need not ever be. A mistake as to a material fact, a constituent element of the offence charged, means that there was no *mens rea* with respect to that offence. There is, however, a compelling reason for codifying a defence of mistake of fact. There is a great deal of confusion in the courts about how to deal with mistakes, particularly when the actions of the accused are blameworthy even under the facts as believed by the accused. This confusion is no more clear than in drug offence cases where mistakes of fact are plentiful and there is a wide spectrum of moral blameworthiness. Certainly the contradictory, highly contrived and at times unprincipled decisions emanating from the courts constitutes a clear signal to Parliament to legislate.⁵⁵

It is imperative that we ensure that the defence of mistake of fact remain consistent and principled. If, according to the facts as believed by the accused at the time of the action in question, the action would have been innocent, then the accused cannot be held to be morally blameworthy for acting as he or she did, and therefore must be acquitted. This principle is simple and is in keeping with the fundamental principles of culpability found throughout our criminal justice system. It is also non-controversial and consistently followed. Where a crime requires either intention, knowledge or recklessness with respect to a particular circumstance, an honest though mistaken belief that that circumstance does not exist necessarily means that a material element of the offence is missing. As indicated in Beaver v. The Queen⁵⁶, and clarified in Pappajohn⁵⁷, the honesty of the mistaken belief is critical but the reasonableness of that belief is irrelevant unless the crime is one of negligence. Where *mens rea* is measured subjectively, now a fundamental principle of our criminal justice system, the objective reasonableness of a belief seems to have no place in determining moral blameworthiness.

A difficulty arises where, even under the facts as believed by the accused, his or her actions are not innocent. In such a case there is *mens rea*, but not *mens rea* corresponding to the *actus reus* actually carried out. In other words, the accused attempted to commit a crime, but not the crime which actually occurred. If we are to be consistent with our principles of criminal culpability we must recognize that an accused ought not be convicted of a crime for which she or he lacked either the requisite *mens rea* or the requisite *actus reus*. Transferring *mens rea* from one crime to another, which has at times been the practice of the courts, produces anomalous results. Some might argue that a transfer is acceptable when the intended crime is more serious

55 See particularly: B. v. Kundeus (1975), 24 C.C.C. (2d) 276.

56 (1957) 118 C.C.C. 129 (S.C.C.).

57 *Supra*, note 53.

than the actual crime but this type of measurement is not always possible and, where the crimes are distinct in nature, might be manifestly unfair to the accused. There is no clear hierarchy of crimes and each crime carries its own stigma. Furthermore, if we are not to engage in such egregious decisions as Kundeus⁵⁸ where the court actually transferred *mens rea* from a less serious crime to a more serious crime, then we will be forced to determine the relative seriousness of each *mens rea* requirement in every situation in order to determine the correct test.

Clearly, it is more principled and more practical to avoid transferring *mens rea* in any case. This leaves us with only one alternative in these situations, and that is to charge the accused with attempting the crime for which the accused had the requisite *mens rea*.⁵⁹ At this point the law of attempts would apply in its usual fashion. Of course, where there is an included crime with which the accused is charged and for which he or she had the requisite *mens rea* then a full conviction is in order.

The Canadian Law Reform Commission proposals are consistent with this analysis but do provide an appropriate clarification of the rule. Although it is called an exception by the Commission, the clarification is in fact consistent with the principles underlying the mistake of fact defence. It provides that a mistake shall not provide a defence if it was arrived at negligently or recklessly where negligence or recklessness are sufficient *mens rea* for the crime. Thus we ensure that while protecting the morally innocent we do not likewise protect the morally blameworthy from conviction.

Mistake of Fact and Sexual Assault

The defence of mistake of fact raises a far more controversial issue, one which has disturbed not only the courts but has academics, politicians and the public at large engaged in heated debate. The issue is whether the mistake of fact defence ought to apply in the same manner to sexual assault cases as it does to other crimes. Under the present law an honest though mistaken belief that a woman consented to sexual intercourse will exonerate an accused, even if that belief is entirely unreasonable. This position is clearly articulated by Dickson J. in Pappaiohn⁶⁰. Because sexual assault can be committed either intentionally or recklessly (defined as conscious risk-taking) it is clear on principle that an honest belief in consent must exonerate because it cannot exist at the same time as an intention to engage in sexual activity without consent, nor at the same time as a conscious advertence to the possibility of non-consent. Many believe that this defence is too wide and does not provide adequate protection

⁵⁸ *Supra*, note 55.

⁵⁹ This approach is consistent with both Laskin C.J.'s dissent in Kundeus (above note 55), and in the Law Reform Commission of Canada's proposals under s.3(2)(a) Report 31 *supra*, note 20.

⁶⁰ *Supra*, note 53.

for women, while others believe that to restrict the defence would be inconsistent with our fundamental principles of culpability and would allow for the imprisonment of the morally innocent. Why do many academics who fully accept the soundness of the subjective principle of culpability suddenly back off when it comes to this particular issue, and do what appears to be an about-face into the realm of objective standards for culpability? Similarly, why are many of those who wish to retain the honest and unreasonable mistake of fact defence for sexual assault still uncomfortable with the implications for women?

Ultimately, it appears that when we apply our fundamental principles of culpability to sexual assault, something goes awry. This could be because, in fact, we have chosen the wrong *mens rea* requirement for sexual assault and that the proper one should be negligence. If the *mens rea* were negligence then a mistaken belief in consent would have to be reasonable in order to exonerate. There is a strong argument to be made for adopting a negligence standard for sexual assault. It should be noted that a mistaken belief in consent is easily avoided. Unlike a bag of cocaine or sugar of milk, women can talk. Very little effort is required to determine if a woman is consenting, and a very great harm is avoided by doing so. A failure to make that minimal effort can, consequently, be seen as sufficiently morally blameworthy that criminal sanctions are merited.

The strongest claim of those who would argue that some mistakes must be based on reasonable grounds is that making an unreasonable mistake can sometimes be reckless in the sense of unacceptably careless with respect to the well-being of others... [The] argument is that the making of the mistake is blameworthy to an extent which warrants criminal sanctions; that far from negating recklessness and therefore liability, the making of such a mistake is itself the culpable behaviour which grounds both.⁶¹

Despite the fact that adopting a negligence standard for sexual assault would prevent an unreasonable mistake from providing a defence, the solution will not go very far beyond mere symbolism in protecting women's bodily integrity or autonomy. This is, unfortunately, true because sexist views about women's sexuality still predominate. We can do nothing to eliminate "rape myths"⁶² which inhibit women's control over consent until we have stopped allowing sexist

⁶¹ Toni Pickard, "Culpable Mistakes and Rape: Harsh Words on Pappaiohn" (1980), 30 U.T.L.J. 415 at 418.

⁶² Rape myths are the sexist beliefs that pervade society about women's sexuality. Examples include the notion that women who say no mean yes but feel obliged to act coy, or want to be overpowered, that women who come back to a man's home at the end of an evening are consenting to sex, that women who hitchhike, who wear short skirts, or who drink heavily in bars are consenting, or deserve to be raped, and that women who engage in sex frequently with different partners have thereby lost their right to say no to any partner. The list is endless and extremely familiar to us all.

beliefs to provide a defence for sexual assault. The law as it exists now is egregious, but even under a regime that allows for only a reasonable mistake to provide a defence there will be a validation and a perpetuation of sexist, and dangerous, views. It essentially disempowers women in that their ability to control consent is taken from them.

[The] legal concept of mistaken belief in consent defines the boundaries of criminal behaviour without regard to the bodily integrity and sense of self-worth of the victim, or to the liberty and security interests of the victim. It transforms consent from something the woman does into something the man thinks.⁶³

A typical response to this observation might be that the criminal law should not be used to combat sexist ideas about women and their sexuality, and that these should be left to develop through education and independent social programs. Many are fearful of compromising fundamental principles of culpability in order to attempt to redress such an evasive problem as sexism. This might be an acceptable view if we were not faced with the reality that the criminal law is not remaining neutral in this process of social development, but is rather sanctioning sexist views.

Merely changing the *mens rea* for sexual assault does not address the central conundrum of mistake of fact as it applies to sexual assault. Why are the fundamental principles failing us on this particular issue? How can we turn the right to control consent over to women and make men respect that right? A more satisfying resolution of this dilemma does seem to come from the position that we have misapplied the mistake of fact defence to the issue of consent in sexual assault.

The essential problem with the mistake of fact defence for sexual assault is that it subordinates legal rights and norms to social norms and beliefs. A woman's legal right to control her body is compromised by cultural beliefs in the form of rape myths. If we were to view the definition of consent as a legal definition, rather than a social one, then a mistake about what constitutes consent, a mistake founded on a rape myth, would constitute a mistake of law and not a mistake of fact.⁶⁴ A mistake of law does not provide a defence to criminal conduct, and that is seen as so fundamental to the rule of law that it is codified in s. 19 of our *Criminal Code*.

The distinction between mistake of fact and mistake of law is at times quite tenuous, but is critical in the outcome of a criminal case. If a mistake is characterized as one of fact, then it can result in an acquittal; if a mistake is characterized as one of law, it provides no defence, although it

⁶³ Factum of the intervenor Women's Legal Education and Action Fund et al. at 21 for *Seaboyer v. The Queen* (1991), 66 C.C.C.(3d) 321 (S.C.C.).

⁶⁴ Lucinda Vandervort proposes that this is the proper classification of a mistaken belief in consent defence in her paper "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 C.J.W.L. 233.

may factor in sentencing. Despite the fact that the failure to allow a defence of mistake of law might result in a conviction of a morally innocent individual, it is recognized that to do otherwise is to invite anarchy. Legal norms must be uppermost in society, and social norms must yield to them in order that safety for all, consistency and uniform justice be maintained.⁶⁵ By not putting the full force of the law behind the issue of consent, we have allowed social norms to rule at the expense of women's safety and freedom.

If we were to recognize that legal definitions must be respected it would not mean that no mistaken belief in consent could ever be a defence to a sexual assault charge. It would merely mean that the law would not allow certain types of mistakes, i.e. those based on rape myths, to provide a defence. The law would be enforcing respect for women's bodily integrity and for their right to say "no". Those mistakes that result from an honest breakdown in communication and a mistake about the facts surrounding an act of sexual intercourse, and not from conclusions drawn about the nature of consent and women's sexuality, would provide a defence of mistake of fact.

An accused would be effectively precluded from pleading mistake of fact where he and the victim disagree about whether there was consent but are actually in agreement about the facts of a case (i.e., they met in a bar; she had been drinking; she was flirting; she agreed to let him walk her home; she agreed to stop at his place for a drink because it was on the way; she engaged in some light sexual activity; she objected and said "no" when he tried to remove her pants; she repeatedly said "no" and tried to move away from him but did not get hysterical or fight back physically.) The accused's conclusion that there was consent because the victim did not fight back must be seen as a mistaken conclusion of law. The law must back up a woman's right to say "no" and have it mean "no" without requiring her to struggle and get hysterical, thereby risking injury or death, before a man is expected to understand that "no" is a lack of consent. It may be that men and women, in effect, speak different languages when it comes to sexual encounters. If the law does not require men to learn to listen to women, then the notion of consent is meaningless and women are left vulnerable and unprotected by the law.

The accused in the above scenario thought he had a legal right to have sex with the accused because of irrelevant actions leading up to the incident, and because she did not fight him off; that is a legal conclusion; he got the facts right but he should be seen to have got the law wrong. If we successfully prosecute cases involving ignorance of the law of consent, there should be fewer and fewer like cases because, gradually, social norms about consent will catch up with legal norms, and rape myths will no longer impact on sexual activity.

⁶⁵ It should be noted that there could still be a distinction in sentencing between a crime of sexual assault which was entirely intentional, and one which resulted from ignorance of the law of consent.

Because of our present misclassification of mistaken beliefs about consent as mistakes of fact, rape myths are an integral part of a defence in a sexual assault case; where we do not enforce legal definitions, social definitions fill the void. Failing to see that these mistakes are mistakes about the law of consent, we have tried to correct the injustices which result from our misclassification through other forms of protective legislation. It follows that the fact that we allow a defence of mistaken belief in consent is intimately connected with the presently contentious issue of the "rape shield" laws (s.276 and s.277 of the *Criminal Code*). The rape shield laws were put in place because it was recognized that without them women were going to be subject to sexist and prejudicial cross-examination and that evidence intended to attain an acquittal through the invocation of rape myths would be introduced. Evidently, Parliament recognized that such evidence has no relevant place in a criminal system purporting to protect autonomy.

In the recent Seaboyer decision, however, the Supreme Court of Canada decided that some of the evidence that is restricted by the rape shield laws may be relevant in an accused's defence, and they consequently struck down as invalid these protective provisions because they deprive the accused of s.7 and 11(d) *Charter* rights. The disturbing truth is that the Supreme Court of Canada is right. As the law stands now, and as long as mistaken belief in consent is always characterized as a mistake of fact, these factors are relevant because the focus will remain on the accused's state of mind, on the accused's beliefs about women's sexuality, and not on the reality of consent at all. The result is that sexist, and sometimes violently dangerous views about women's sexuality and men's rights of access to sex are pervasive and therefore relevant; because the law sees such views as relevant they become reinforced and the problem of sexual violence against women is perpetuated.

If the law of consent is clearly established, social myths about what constitutes consent will then have no place in a court of law and many of these other contentious issues will fade into irrelevancy. Happily, a focus on consent is exactly what the proposed new legislation on sexual assault, Bill C-49, emphasizes. The legislation was introduced to fill the void left when the rape shield provisions were struck down, but it goes farther than that. It more clearly defines the meaning of consent (or more precisely, what is not consent) than has previously been done. What will probably prove to be the most controversial aspect of the legislation is the fact that it appears to place a positive duty on a man (or any sexual actor) to "take all reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting." This approach is consistent with a sexual assault law that focuses on a woman's power of consent. It does not purport to judge the reasonableness of the man's belief, but rather the amount of respect he showed for her right to give or withhold consent. It necessarily forces men to focus on that aspect of consent and to recognize that, as the law stands, sexual touching

is assault unless the person touched consents to that touching; the law does not say that the action is not assault unless the person being touched objects or struggles.

By providing, in proposed s.273.1, a list of circumstances under which consent is deemed not to be obtained, the new legislation is attempting to create a more concrete body of law that can be seen as the law of consent. S.273.1(2)(d) makes it clear that no consent is obtained where "the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity". This would mean that in the hypothetical transaction that was outlined earlier, where the woman said "no" but neither fought nor became hysterical, there is clearly, legally speaking, a lack of consent. It should not be difficult to see that, under this legislation, the accused should be precluded from claiming that when he believed that something set out in law as specifically *not* constituting consent was consent, his mistake was one of fact. This legislation makes it even easier for us to recognize such a mistake as one based on ignorance of the law of consent.

It was outlined at the beginning of this paper that it is necessary to codify the defence of mistake of fact because it has proved to be a problematic and confusing area of law for the courts. The same reasoning applies when dealing with the distinction between mistake of fact and mistake of law as it relates to sexual assault. It would be irresponsible to leave the issue unclear. As it is not set out clearly in the sexual assault legislation which exists now or in that which is proposed, it would be wise to include it in the new provisions for mistake of fact. The proposed new provision would then read just as the Law Reform Commission of Canada proposals but with an addendum reading as follows:

- (c) With respect to sexual assault, a mistaken belief in consent that is brought about by a mistaken belief about what constitutes consent is a mistake of law and not a mistake of fact.⁶⁶

The mistake of fact defence is sound in principle and certainly has a place in our criminal justice system, however, it can and has been improperly applied. The accused in the Beaver case made a factual mistake when he mistook diacetylmorphine for sugar of milk. The accused in Morgan⁶⁷ made a mistake as to the law of consent when he determined that one person can give consent on behalf of someone else. The distinction is all important, and, when properly made, results in a law of sexual assault that is infinitely more just. Perhaps even more importantly, when the distinction is clear and the fundamental principles of culpability are consistently applied, yielding consistently just results, respect for the entire criminal justice system is enhanced.

66 See below where the proposals put forward in this paper are set out in full.

67 Director of Public Prosecutions v. Morgan [1975], 2 All E.R. 347

The Proposals put forward by this paper :

MISTAKE OF FACT:

- (a) No one is liable for a crime committed through lack of knowledge which is due to mistake or ignorance as to the relevant circumstances; but where on the facts as he believed them he would have committed an included crime or a different crime from that charged, he shall be liable for committing that included crime or attempting that different crime.
- (b) Exception: Recklessness and Negligence. This clause shall not apply as a defence to crimes that can be committed by recklessness or negligence where the lack of knowledge is due to the defendant's recklessness or negligence as the case may be.⁶⁸
- (c) With respect to sexual assault, a mistaken belief in consent that is brought about by a mistaken belief about what constitutes consent is a mistake of law and not a mistake of fact.

⁶⁸ Please note that (a) and (b) are word for word the recommendations of the Canadian Law Reform Commission proposals.

Intoxication

Mary Jackson

Objectives of Reform:

Reform of the criminal law should be guided by several concerns: (1) the criminal law should reflect society's values and beliefs regarding criminal liability; (2) the law should be logically consistent with its underlying principles; (3) and lastly, criminal law should be designed to deter harmful behaviour. Reform of the law of intoxication should follow these same principles.

First, most of the Canadian public believe that individuals should be free to consume legally available intoxicating substances. The consumption of such substances is a part of Canadian culture. Although society is tolerant of the use of such substances, it does not extend its tolerance to intoxicated individuals who commit harmful acts. Most people feel strongly that such individuals should be subject to criminal punishment. It must be noted that although the author could find no reported studies specifically on Canadian attitudes on intoxication and criminal liability, most discussions of law reform in this area appear to proceed on the assumption that Canadians are opposed to allowing any defence to a criminal offence which is based on evidence of voluntary intoxication. Therefore, for the purpose of this policy analysis, it is assumed that Canadians are opposed to allowing any defence to a criminal offence which is based on evidence of voluntary intoxication. In many respects then, becoming intoxicated to such a degree that one consciously or unconsciously creates harm is viewed as morally blameworthy. A new law of voluntary intoxication should reflect this view.

Secondly, there are two important underlying principles of Canadian law; first, there should be no criminal liability without intent and, second, that a subjective standard should be used to determine whether an accused possessed the necessary intent. The present law with respect to evidence of voluntary intoxication has been criticized on the basis that it is not consistent with these principles.

Lastly, it goes without saying that criminal law can have an important deterrent effect on undesirable behaviour. The criminal law should, to the furthest extent possible, identify and respond to undesirable behaviour.

Current Law:

The defence of intoxication does not exist at common law or in the *Criminal Code*. A true defence arises only when "the accused is shown to have had the *mens rea* and to have committed the *actus reus* for an offence but asserts that because of some other factor, he has a

defence that entitled him to an acquittal.⁶⁹ Evidence of intoxication by itself or with other evidence can only cast doubt upon whether the requisite *mens rea* or *actus reus* for an offence existed. The present law categorizes criminal offences as specific and general intent offences for the purposes of determining the relevancy of evidence of voluntary intoxication. Evidence of voluntary intoxication which is less than the degree of rendering someone in a state akin to automatism or insanity is considered irrelevant to determining the *mens rea* of general intent offences. Conversely, for specific intent offences, evidence of intoxication is relevant to establishing the *mens rea*.

There are three significant problems with the present state of the law. Firstly, the distinction between general and specific intent offences is unclear and difficult to apply. Secondly, the exclusion of evidence of voluntary intoxication results in a departure from a subjective approach to *mens rea*. Thirdly, there is an unjust disparity in treatment of an accused who is in a state akin to automatism in comparison to that of an accused who is impaired to a lesser degree.

Intoxication and Criminal Liability:

An understanding of the relationship of intoxication to crime and criminal liability is relevant to the decision on policy. This can be gained from considering evidence from jurisdictions which have different laws with respect to evidence of voluntary intoxication and from different disciplines which study how intoxication effects behaviour. It is also useful to speculate about the possible effects of any particular policy.

(I) The experience in other jurisdictions

Australian law considers evidence of intoxication relevant to determining whether an accused possessed the *mens rea* and *actus reus* for an offence. Studies on the effect of this policy indicate how rarely evidence of intoxication will function to negate the *mens rea* of an offence. Very few acquittals have occurred and in those cases where acquittals have occurred the intoxication was very extreme.⁷⁰ In a study by Judge G. Smith⁷¹ which was based on a sample of 510 trials, it was found that in only eleven cases was the defence of intoxication raised where it had previously been unavailable. Only three of these eleven cases resulted in acquittals. Only one acquittal could be characterized as being attributable to evidence of intoxication.

⁶⁹ A.W. Mewett and M. Manning, Criminal Law (Toronto: Butterworth & Co. Canada Ltd, 1985) at 194.

⁷⁰ Law Reform Commission of Victoria, Criminal Responsibility: Intention and Gross Intoxication (November 1986).

⁷¹ "Footnote to O'Connor's Case" (1981), 5 Crim.L.J. 270

In some countries which have moved to policy which allows evidence of intoxication to be relevant to all offences, law reform initiatives have focused on limiting the relevance of evidence of intoxication. This is probably indicative of the fact that the public's attitudes in these countries favour a legal system which does not provide for a defence based on evidence of intoxication. It is interesting that despite the fact that the policy in Australia has resulted in few acquittals, the Review Committee in its Draft Commonwealth Code proposed a return to the English system of categorizing offences to determine the relevance of evidence of intoxication.⁷² The South African Law Reform Commission recommended that there be an offence of criminal intoxication. This recommendation was made in response to the court's rejection of the specific-general intent distinction.⁷³

(II) The relationship between intoxication and crime

There has been much research into the relationship between the use of intoxicating substances and crime. Often it is assumed that the use of illegal intoxicating substances causes criminal behaviour. This is probably due to the fact that media presentations of crime focus on its relationship to the use of illegal drugs.⁷⁴ There is no clear evidence to support this hypothesis.⁷⁵

Many people do commit crimes while intoxicated with legal substances such as alcohol as well as illegal substances. There is some evidence of a relationship between violence and alcohol.⁷⁶ Studies have also shown that victims of violence are also often under the influence of intoxicating substances.⁷⁷ While there may be a correlation between the occurrence of violence and use of alcohol, many social scientists are reluctant to conclude that the use of alcohol causes violence.

Different types of intoxicating substances affect people in different ways. Some substances are depressants; some are stimulants. They may produce changes in people's personalities that may result in a greater predisposition to engage in harmful activities. For instance, alcohol intoxication may result in a relaxation of inhibitions in such a way as to increase an

⁷² I. Leader-Elliott, "Voluntariness, Intoxication and Fault" (1991) 15 Crim.L.J. 112 at 112.

⁷³ South African Law Commission, Offences Committed under the Influence of Liquor or Drugs (January, 1986).

⁷⁴ Anton R.F. Schweighofer, "The Canadian Temperance Movement: Contemporary Parallels" (1988) 3 Canadian Journal of Law and Society 175 at 178.

⁷⁵ P. Bucknell & H. Ghodse, The Criminal Law Library-No.2: Misuse of Drugs (London: Waterlow Publishers Limited, 1986) at 29. The LeDain Commission in Canada reported that there was little evidence in Canada to indicate that cannabis use was associated with crime. See A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs (Ottawa: Information Canada, 1972) at 273.

⁷⁶ See studies by Wolfgang, Voss and Heburn, McClintock and Radzinowicz as cited in D. Farrier, Drugs and Intoxication (London: Sweet & Maxwell, 1980) at 46.

⁷⁷ *Ibid.* at 48.

individual's likelihood to engage in violent activities. However, often such intoxicating substances do not effect an individual's capacity to form the intent to do an activity but simply alter the person in such a manner as to make them more predisposed to make particular decisions or engage in particular behaviours which result in harm.

(III) Acquittals and Evidence of Intoxication

Even the strongest proponents of a policy which allows evidence of intoxication to be relevant to the determination of the existence of *mens rea* and *actus reus* for all offences recognize that such an approach may result in acquittals which are unacceptable to the public. For instance, the defence of mistake coupled with evidence of intoxication in the context of sexual assault may lead to greater acquittals.⁷⁸ Another example of an unacceptable acquittal would occur when an individual becomes so intoxicated that he or she is not aware of his or her actions. Such a policy would fail to deter individuals from becoming so intoxicated that they may commit a harmful act.

Law Reform Commission Proposals:

The Law Reform Commission of Canada has proposed a special category of liability to deal with the voluntarily intoxicated accused.

3(3) Intoxication.

(a) General Rule. No one is liable for which, by reason of intoxication, he fails to satisfy the culpability requirements specified by its definition.

(b) Proviso: Criminal Intoxication. Notwithstanding clauses 2(2) and 3(3)(a), unless the intoxication is due to fraud, duress, compulsion or reasonable mistake,

(i) everyone falling under clause 3(3)(a) who satisfies all the other elements in the definition of a crime is liable, except in the case of causing death, for committing that crime while intoxicated; and

(ii) everyone falling under clause 3(3)(a) who causes the death of another is liable for manslaughter while intoxicated and subject to the same penalty as for manslaughter.⁷⁹

⁷⁸ The proposed reform of the Criminal Code with respect to sexual assault may eliminate a defence of mistake based on a honest belief that consent was given.

⁷⁹ *Supra*, note 20 at 30.

These provisions present a policy which is consistent with the interests and perspective of the Canadian public. The public is opposed to the idea that the introduction of evidence of intoxication may result in an individual escaping punishment for his or her harmful actions. This policy reflects this concern by creating a category of liability which specifically targets the voluntarily intoxicated accused who may otherwise escape liability. The liability of the accused is based upon the act of becoming voluntarily intoxicated and committing a criminal offence.

Such a policy would deter individuals from engaging in such behaviour more effectively than other policy alternatives because the act of becoming intoxicated is identified as a basis for finding criminal liability. Effective deterrence is only achieved if the behaviour to be deterred is identified sufficiently. In the case of the use of intoxicants, it is in society's interest to deter individuals from becoming intoxicated to the degree that they may be more predisposed to commit harmful acts. While it must be recognized that criminal law is limited in its ability to deter behaviour,⁸⁰ the law has an important symbolic function in explicitly identifying negative behaviour.

This policy is, to some extent, inconsistent with the underlying principle that there be no criminal liability without demonstrating criminal intent, but most of the policy choices in this area represent some departure from a subjective *mens rea* standard. The Law Reform Commission provisions make evidence of intoxication relevant to determining the *mens rea* and *actus reus* of all offences; however, by creating a different category of liability, the policy departs from a subjective intent standard. It provides for liability even if the accused did not possess the necessary *mens rea* for an offence because of his or her intoxication. It is, however, consistent with the interests of deterrence and other social values. Moreover, the departure from a subjective standard is preferable to other policy solutions because it explicitly identifies the basis for the departure. Other policies try to maintain the appearance of consistency with the subjective standard by equating the act of becoming intoxicated with particular levels of intent or by arbitrarily determining for some offences that evidence of intoxication is irrelevant.

In comparison to the various alternative directions for policy, the Canadian Law Reform Commission's recommendation is the most consistent with the policy objectives of criminal law reform. Although the provisions represent a departure from the subjective standard of criminal liability, it would affect very few accused. Most individuals would not receive an acquittal because evidence of intoxication was relevant to the determination of their liability. These provisions capture the few individuals who would escape criminal liability because of the admittance of such evidence. This accords with the public's view of intoxication and with society's interest in deterring harmful behaviours. It is, therefore, recommended that Canada adopt the provisions recommended by the majority of the Canadian Law Reform Commission.

⁸⁰ Deterrence Theory is based on the assumptions that people are rational and that crime is the result of an individual assessing the costs and benefits of a particular actions. In the case of many criminal activities, it is questionable whether these assumptions are correct. Therefore, the deterrent value of law with respect to some offences is questionable. For a good discussion of deterrence theory, see Allen E. Liska Perspectives on Deviance (Englewood:Prentice-Hall, Inc., 1981) at 94.

The Insanity Defence: The Law, its Shortcomings and Proposals for Reform

Sharon Nicklas

The insanity defence has long been the subject of heated debate by courts, Commissions, legal scholars and psychiatrists. So much attention may seem unwarranted as the insanity defence is rarely pleaded and seldom successful⁸¹. However, there is great symbolic value in this defence, as it represents a merger of law, social science, ethics and morality. Also, the insanity defence stirs strong emotions in the public as many see a successful plea of insanity as allowing someone to "get off". Legislators seem timid to reform the essence of the insanity defence as long as it appears to be functioning properly. Is the insanity defence in Canada functioning properly? To assess this, one must first understand the purpose of the criminal law and the rationale behind the insanity defence.

The rules for assessing guilt in criminal law are largely based on criteria of responsibility and blameworthiness. Most fundamentally, responsibility depends on the assumption that humans are rational and autonomous - that we have the capacity to reason right from wrong, and the capacity to choose between them. Punishment of persons who cannot make rational choices because of a mental disorder makes no sense either as retribution, or as a deterrent⁸². Therefore, the insanity defence should exempt from criminal liability those who are incapable of rational choice. As Finkel states, a test for insanity must indicate if an individual is "responsible"⁸³.

The Current Law - Does it serve this rationale?

The defence of insanity was recognized at common law in the fourteenth century as a defence to a criminal charge⁸⁴. The first Canadian *Criminal Code*, enacted in 1892, included the defence of insanity which was a codification of the M'Naghten Rules set down in England in

⁸¹ Canadian statistics are not available. However, S.D. Dell, "Wanted An Insanity Defence that can be Used" [1983] Crim L.R. 431 at 431, notes that in England, no more than one or two people per year are acquitted in the courts on the grounds of insanity. In 1981, in the U.S., only four federal defendants successfully pleaded not guilty by reason of insanity. See L. Caplan, The Insanity Defense and the Trial of John W. Hinckley, Jr. (Boston: D.R. Godine, 1984) at 116.

⁸² See generally, I. Keilitz & J.P. Fulton, The Insanity Defense and Its Alternatives: A Guide For Policy Makers (Williamsburg, Va.: Institute on Mental Disability and the Law, 1984) at 5.

⁸³ N.J. Finkel, Insanity on Trial (New York: Plenum Press, 1988) at 261.

⁸⁴ See G.A. Martin, "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law" in S.J. Hucker, C. Webster & M. Ben-Aron, eds., Mental Disorder and Criminal Responsibility (Toronto: Butterworths, 1981) at 15.

1843⁸⁵. Today the insanity defence is found in s. 16. Although s.16 was recently amended by Bill C-30, which received Royal Assent by the House of Commons on December 13, 1991, the essence of s.16 is much the same as the insanity defence provision which was enacted in 1892.

Does the current insanity defence exculpate those who are not capable of rational choice? In my view it does not. The test in Canada only exculpates those who have a "mental disorder" and who exhibit one of two symptoms of a "defect of reason" - being incapable of appreciating the nature and quality of their acts, or being incapable of knowing what they have done is wrong. A person who is capable of rational thinking, but is not capable of conforming his actions with this knowledge cannot use the insanity defence in Canada.⁸⁶

Reform Proposals in Canada - Do they serve the rationale?

In essence, the most recent reform initiatives proposed by the Law Reform Commission of Canada (LRCC) and the Department of Justice, and the text chosen by parliament as found in Bill C-30 are rewordings of the M'Naghten Rules. These law reforming bodies do not appear to address the question of "what ought to be the scope of the insanity defence?" For example, in 1982, the LRCC analyzed whether the insanity defence should be retained, and their reasons for retention centred around tradition, as well as the fact that it would be immoral to not provide such a defence. They did not address whether or not the existing defence actually served those to whom it should apply. This LRCC did include an alternative that included a test of volition, but it preferred to exclude this test as it feared that the test would allow psychopaths to be acquitted too readily⁸⁷.

Reform Proposals in Other Jurisdictions

United States

In 1962, the American Law Institute (ALI) in its Model Penal Code provided a formulation for the insanity defence⁸⁸. This formulation is based on the view that a sense of understanding broader than mere cognition ("appreciation"), and volitional incapacity should be directly in the

⁸⁵ (1843) Clark & Fin. 200. M'Naghten shot and killed Drummond, Prime Minister Sir Robert Peel's private secretary, believing him to be Peel. M'Naghten was under an insane delusion that he was being hounded by enemies of whom Sir Robert Peel was one.

⁸⁶ The Canadian law and the M'Naghten Rules are based on an obsolete theory of psychology which sees the functions of the mind as compartmentalized. Current psychological theories view human personality functions as an integrated unit such that serious mental illness impairs not only cognitive functions, but also will and emotions. *Supra*, note 84 at 19. See also Great Britain, Committee on Mentally Abnormal Offenders. (Butler Committee), Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders, (London: H.M. Stationery Office., 1975), para. 18.6; American Psychiatric Association, "American Psychiatric Association Statement on the Insanity Defence" (1983) 140 Am. J. Psych. 685.

⁸⁷ Law Reform Commission of Canada, Criminal Law, The General Part: Liability and Defences (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1982) at 42.

⁸⁸ *Supra*, note 23, s.4.01.

formulation of the defence. By 1984, all circuits of the Federal Court of Appeals, and 24 of the 50 States had adopted the Model Penal Code formulation with minor modifications⁸⁹.

Following the acquittal of John Hinckley, on account of unsoundness of mind in attempting to assassinate President Reagan, the federal law was altered⁹⁰, in effect, to the M'Naghten Rules, and several States have followed suit. The volitional element was omitted because there was evidence that it was difficult for a jury to distinguish between an impulse that could not be resisted and an impulse that was not resisted⁹¹.

It is interesting to note that the M'Naghten Rules and the Insanity Defence Reform Act (1984), both of which are restrictive insanity tests, were reactionary responses to public outcry after someone was acquitted from trying to kill the head of the country. Reforms conceived in such an atmosphere are rarely satisfactory.

England

At present, the insanity defence in England is based upon the M'Naghten Rules. There have been two significant initiatives for reform: the Butler Committee⁹² and the work of the Law Commission on a Draft Criminal Code for England and Wales⁹³. It is recommended that the insanity defence be limited to those who exhibit "severe mental illness" which is defined in detail. Under this proposal, any person who fits the criteria would be presumed to be not guilty on the basis of severe mental illness. There is no separate inquiry into cognitive capacities. However, it is my belief that this approach is so rigid and complex that there could be endless appeals about the proper interpretation of the terms used. Also, the presumption that a causal link exists between the offence and the defendant's mental condition is over-reaching.

Australia

The insanity defences in Queensland, Western Australia and Northern Territory include both cognition and volition tests⁹⁴. This type of test has also been recommended for introduction in South Australia⁹⁵.

⁸⁹ *Supra*, note 82 at 14-15.

⁹⁰ Insanity Defense Reform Act 1984, 18 USC 20 (U.S.A.)

⁹¹ American Psychiatric Association, *supra*, note 86 at 685.

⁹² See Butler Committee, *supra*, note 86.

⁹³ *Supra*, note 24.

⁹⁴ Qld: s.27; WA: s.27; NT: s.35(1).

⁹⁵ South Australia, Criminal Law and Penal Methods Reform Committee, Fourth Report: The Substantive Criminal Law (Adelaide: The Committee, 1977) at 43-44.

It should be noted that the Tasmanian Law Reform Commissioner has recently recommended abolition of the insanity defence⁹⁶. Evidence of mental illness would then go to mens rea, and if the requisite mens rea is not negated, the evidence of mental disorder would go to disposition.

There are stronger arguments for the retention of the insanity defence. The insanity defence is essential to the moral integrity of the criminal law. For example, *mens rea* and the insanity defence are conceptually independent. In applying the insanity defence, one is determining whether the defendant had the capacity to form the intent. In a mens rea analysis, one is determining whether the individual had the actual requisite intent at the time the offence was committed. Capacity is assumed when one is analyzing mens rea⁹⁷. Also, with a mens rea approach, a person whose mental illness negates the requisite intent should be acquitted. This individual would then not get the treatment that s/he needs.

Recommendations to Serve the Rationale of the Insanity Defence

The previous discussion has illustrated that the insanity defence should be retained, but that the present defence is unsatisfactory. In particular, it does not negate criminal responsibility for all individuals who are incapable of rational choice. Another difficulty with the present defence, is that it only allows those with very severe impairments to be fully excused from criminal liability. The stark choice between guilty and not criminally responsible on the ground of mental disorder does not reflect the fact that mental disorders range along a continuum⁹⁸, and, therefore, no clear boundary can be drawn between responsibility and irresponsibility. It is arguable that community respect can only be maintained if the criminal law grades condemnation according to moral turpitude.

In Canada, we allow evidence of mental disorder, short of insanity to be admitted to negate the requisite mental element for "specific intent offences"⁹⁹, reducing the charge to a lesser and included offence. However, for offences other than specific intent offences,

⁹⁶ Tasmania, Parliament, Law Reform Commissioners, Insanity, Intoxication and Automatism, (Hobart, Tasmania: M.C. Reed, 1989) at 10. Abolition has also been suggested by some academics. See N. Morris, Madness and the Criminal Law (Chicago: University of Chicago Press, 1982); J. Goldstein & J. Katz, "Abolish the Insanity Defence- Why Not?" (1963) 72 Yale LJ. 853. In fact three jurisdictions in the United States - Montana, Idaho, and Utah - have also abolished the insanity defence.

⁹⁷ The presumption of sanity is found in s.16(2) since the enactment of Bill C-30.

⁹⁸ Law Reform Commission of Victoria, Mental Malfunction and Criminal Responsibility, (Melbourne: The Commission, 1990) at 49.

⁹⁹ R. v. Hilton, (1977) 34 C.C.C.(2d) 206 (Ont CA). The defence of diminished responsibility *per se* does not exist in Canada; Chartrand v. The Queen, [1977] 1 S.C.R. 314.

psychiatric evidence may only be used with regard to the insanity defence¹⁰⁰. Does this seem logical?¹⁰¹

It is interesting to note how other jurisdictions deal with this issue. England has the doctrine of diminished responsibility which reduces murder charges to manslaughter for those with a substantial "mental abnormality". In some Australian States, there is a diminished responsibility doctrine similar to that in England. There are several doctrines which exist in the United States as partial excuses for those with some mental problems. Diminished capacity, which germinated in California, is very similar to our "specific intent doctrine". The ALI recommends a diminished responsibility defence similar to that in England. In other states, diminished responsibility is a defence to a broader range of crimes than murder. A number of States have adopted a "guilty but mentally ill" (GMBI) verdict as a supplement to the insanity defence, available for those who are mentally ill at the time the offence was committed, but do not meet the insanity test.

Most of the criticisms of partial insanity defences relate to the terminology and procedure and not with the rationale. In fact, in Canada we have the defence of infanticide, and it would be inconsistent not to allow other similarly compelling mental disturbances which affect both men and women to form the basis of a partial excuse. Also, there is no logical reason to restrict the defence to those charged with murder. Although, neither the Law Reform Commission nor the Working Group on the General Part made a recommendation regarding diminished responsibility, appropriate legislation would provide sufficient guidance to the judiciary and would meet with public approval.

Based on the above discussion, it is proposed that the Subcommittee on Justice and the Solicitor General which will work towards the reform of the General Part of the *Criminal Code* consider the following draft legislation:

Amend s.2 of the *Criminal Code*:

"mental disorder" means natural imbecility or disease of the mind.

¹⁰⁰ A. Stalker, "The Law Reform Commission of Canada and Insanity" (1982-83) 25 Crim. L.Q. 223 at 242.

¹⁰¹ For a criticism of the specific intent doctrine, see D.P. Reynolds, "Mens Rea and Mental Disorder: Recent Developments in Canadian Criminal Law" (1979) 37 U.of T. Fac. LRev. 187. There have been some reform initiatives in favour of a partial excuse. See the dissent in: Canada, Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases, Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases (Hull, Que: Edmond Cloutier, Queen's Printer, 1957). See also L.R.C.C. (1982), *supra*, note 87 at 52-53, which created a threshold of "substantial capacity" in Alternative 2 to allow for the appropriate disposition of disturbed offenders.

Bill C-30 added, to section 2, a provision which reads: "mental disorder" means a disease of the mind. Thus it fails to exculpate from criminal responsibility those who would formerly have been exculpated because of "natural imbecility".

Exemption

Mental Disorder

A person is not criminally responsible if at the time of the relevant conduct, the person, as a result of mental disorder, was incapable of:

- I) rational thought, demonstrated by an inability to appreciate the nature and consequences or wrongfulness of the conduct, or
- II) conforming to the requirements of the law.

Partial Exemption

Guilty but Mentally III

A person is "guilty but mentally III" if at the time of the relevant conduct, the person was guilty of the offence, but suffered from a mental illness that substantially impaired his/her ability to:

- I) think rationally, demonstrated by an inability to appreciate the nature and consequences or wrongfulness of the conduct, or
- II) conform to the requirements of the law.

This partial exemption will subsume infanticide, which is presently found at s.233 of the *Criminal Code*¹⁰².

To serve the interests of mentally disordered offenders, procedural and evidential provisions which have been part of the case law should be codified¹⁰³. At present, the presumption of sanity is codified in s.16(2), and the burden of proof is found in s.16(3)¹⁰⁴. It is recommended that these provisions be retained.

With respect to when the accused and the prosecutor may raise the mental disorder defence, the following legislation is proposed, which is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in R. v. Swain¹⁰⁵:

(a). An accused may raise the issue of mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility at any time prior to conviction.

(b). An accused may raise the issue of mental illness so as to be found guilty but mentally ill at any time prior to sentencing by the Judge or Justice.

(c). A prosecutor may raise the issue of mental disorder or mental illness only after the trier of fact has concluded that the accused was otherwise guilty of the offence charged unless the accused's own defence had somehow put his mental capacity for criminal intent in issue.

102 The following provisions may be added to assist the judiciary with the "Guilty but Mentally Ill" partial exemption:

(1). In addition to, or in lieu of, any punishment or sanction available to a sentencing Judge or Justice, the Judge or Justice may sentence an offender who has been found "Guilty but Mentally Ill" to be institutionalized in a mental health facility for any part, or all, of the sentence.

(2). No offender found "Guilty but Mentally Ill" shall be sentenced to a mental health facility for a period which exceeds the maximum period of incarceration to which the offender was liable.

(3). A sentencing Judge or Justice may order that a person found "Guilty but Mentally Ill" of an indictable offence shall be transferred from a mental health facility to serve the remainder of any sentence in the appropriate custodial setting.

(4). No person shall be transferred in accordance with ss.3 unless the Judge of Justice finds that the person has benefitted from the treatment at the mental health facility and further treatment at the mental health facility is not necessary in the public interest.

(5). A person found "Guilty but Mentally Ill" of a summary conviction offence may be released from the mental health facility if the sentencing Judge or Justice finds, on application by the offender, that the person has benefitted from the treatment at the mental health facility and that further treatment at the mental health facility is not necessary in the public interest.

(6). A person released in accordance with ss.5 shall have any remnant of time converted to a period of probation on such terms as the Judge or Justice may order.

Although the test for mental disorder which is recommended is not significantly different from the present insanity defence, it is believed that the exemption and partial exemption proposed are more consistent with the principles of criminal law and an enlightened approach to dealing with mentally ill offenders.

The time is ripe for reform of the substance of the "insanity defence" in Canada. Bill C-30 has led to reform of the dispositional provisions for offenders found "not guilty by reason of insanity". We should not wait for a case like M'Naghten or Hinckley and then rush through change of the substance of the defence.

103 The Department of Justice and the Working Group on the General Part support this.

104 The presumption of sanity in s. 16(2), formerly s.16(4), has recently withstood a constitutional challenge. In *B. v. Chaulk* (1990), 62 C.C.C.(3d) 193, the S.C.C. held that s.16(4) infringes the presumption of innocence guarantee in s.11(d) of the Charter, but is a reasonable limit in a free and democratic society. Also in *Chaulk*, the S.C.C. upheld *B. v. Smythe*, (1940) 74 C.C.C. 273, which stated that a defendant using the insanity defence is required to prove s/he was insane at the time of the offence on a balance of probabilities. Placing the burden on the Crown would be too onerous and virtually impossible to meet.

105 (1991), 63 C.C.C.(3d) 481.

NECESSITY AND DURESS

Graeme Coffin

The law of necessity and duress is currently an ambiguous mix of statutory dictates and common law principles that is badly in need of reform. The following discussion will attempt to resolve, in sequence, seven of the most pressing issues arising from the literature and jurisprudence on these defences, and make recommendations on the formulation of the new provisions which will be incorporated into the draft provisions appended to this paper.

The Distinction Between Necessity and Duress:

The basic premise of both defences as they exist today is that those who lack free will in the commission of criminal acts ought not to be held to account for such acts. Whether one pleads duress or necessity, the fundamental argument is the same; the accused responds to the prosecution by claiming that he had no choice, but was compelled to break the law by forces beyond his control. The traditional view is to regard duress as involving threats of harm made by other persons, whether against oneself or another, and necessity as involving threats arising out of circumstances apart from direct human action, whether against oneself or another. Section 17 of the *Criminal Code*, for example, defines duress as "threats by a person".¹⁰⁶ Necessity, as a defence at common law, has been developed in Canada to take account of types of compulsion not included within the *Criminal Code's* definition of duress. It is not altogether clear whether certain situations involving threats made by people could be included within the doctrine of necessity as developed by the Supreme Court of Canada in *Perka v. The Queen*.¹⁰⁷

The proposals of the Law Reform Commission of Canada on duress and necessity would seem to reserve duress for situations of threats against the person made by other people; necessity is left as a residual provision to cover threats against persons arising out of circumstances, and threats to property arising from circumstances or from "some other source", perhaps including people.¹⁰⁸ The English Law Commission settles for a straight distinction between "duress by threats" (i.e., threats made by people) and "duress of circumstances".¹⁰⁹ The American Law Institute (ALI) proposals seem to take a position similar to those of the LRCC, duress being "threats to use unlawful force against the person", choice of evils (analogous to

¹⁰⁶ *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

¹⁰⁷ *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232 [hereinafter *Perka*].

¹⁰⁸ *Supra*, note 20 in the commentary following article 3(9) at page 36.

¹⁰⁹ See *supra*, note 24, Volume I, clause 42 at 60, "Duress by Threats", and clause 43 at 61, "Duress of Circumstances".

necessity) being conduct necessary to avoid a harm or evil to oneself or another; the wording is broad enough to encompass threats made by persons against property.¹¹⁰

There is certainly a factual difference between threats made by people and threats arising out of events, but is that a sound basis for creating distinct *Criminal Code* defences? Events can be just as lethal as people and subject the actor to the same sorts of pressures; whether the accused felt himself under pressure from human wrongdoing or the force of circumstances would not seem to make much difference, inasmuch as his motivations in either situation would be exactly the same. What matters more than the source of the compulsion is the motive of the actor - was the person trying to protect herself at the expense of the innocent, or doing her best to minimize harm to the innocent in a no-win situation? The principled distinction is between threats of harm against oneself and threats against others.¹¹¹ In the former instance, one is compelled to break the law by self-interest or the instinct of self-preservation; in the latter, one intervenes out of empathy, conscience, or a sense of duty. It is recommended, then, that the General Part should incorporate provisions entitled "Duress" and "Choice of Evils". The distinction between them should be the difference between promotion of one's own interests at the expense of society, and promotion of the interests of society irrespective of personal cost.

Preservation of Property:

Section 17 of the *Criminal Code* limits the scope of duress to exclude consideration of threats made against property. The common law doctrine of necessity as expounded in *Perka* does not explicitly rule out anxiety over property as a possible source of excusable conduct, but Justice Dickson stresses "moral involuntariness" and "urgent immediate peril"¹¹² in a manner that suggests he conceived of necessity as an excuse when self-preservation was the motive.

The English Law Commission would not allow a defence, either under duress by threats or duress of circumstances, unless the accused sought to avoid death or serious bodily harm. The LRCC was prepared to consider avoidance of serious damage to property as grounding a defence of necessity, but not of duress. The ALI also limited the consideration of threats against property to its choice of evils provision.

A reasonable solution would be to allow threats against property to serve, generally, as sufficient compulsion within both defences, and to then rule out the exculpation of an accused who put the preservation of property, however valuable, above the life and health of other people. In other cases, the question of when to allow a defence to someone motivated by a

¹¹⁰ See *supra*, note 22, Part I, section 2.09, "Duress", and section 3.02, "Choice of Evils".

¹¹¹ Such a proposal was suggested by Rollin M. Perkins, "Impelled Perpetration Restated" (1981) 33 Hastings L. J. 403 at 424.

¹¹² *Supra*, note 107 at 259.

desire to salvage material goods can be answered by resort to a general requirement of proportionality. The language of the LRCC, that the harm avoided should "substantially" outweigh the harm created, is desirable for two reasons; it dispenses with the necessity to judge minute differences between harms, and prevents a successful defence in ridiculous situations which might otherwise meet the criteria.

Causing Death or Serious Harm:

The *Criminal Code* rules out duress as an excuse when the accused has caused all manner of harms, including murder and assault causing bodily harm. The doctrine of Perka, with its requirement of proportionality between the harm caused and the harm avoided, might seem to create a logical opportunity for the granting of an excuse to murder, given circumstances in which the death of one secures the survival of many. Yet the common law has always found it repugnant to weigh the relative value of lives; the classic cases on killing as an inexcusable choice are The Queen v. Dudley and Stephens¹¹³ and United States v. Holmes¹¹⁴. Whether the causing of serious injury could be judged proportionate to the saving of lives is at present an open question.

The LRCC takes the position that there can be no defence, within these sections, for those who have purposely caused death or serious bodily harm. The ALI takes a contrary view, and places no restriction on the sorts of crimes for which a defence can exist, while the English Law Commission has left the matter open in the case of murder or attempted murder.

I prefer the flexible approach advocated by the Victoria Law Commission in Australia, which recommended that, in cases of murder, it should be left open for the jury to weigh the circumstances and to decide whether the accused should be fully exculpated, partially exculpated, or judged wholly culpable in spite of any compulsion.¹¹⁵ This sort of discretion could be left to the trier of fact in cases involving the causing of serious harm as well.

Under the provisions proposed here, it would be possible for the jury to limit or reject a defence for those who have deliberately killed or injured. The question of deliberateness needs to be resolved; it seems fair to include a subjective advertence to a significant risk of serious harm or death among the states of mind which may deprive the accused of a defence. The jury should, therefore, have the option of limiting or rejecting a defence whenever the accused has purposely or recklessly caused death or serious harm.

The notion of "serious harm" also requires definition. One approach is to define "harm" or "injury" for the purposes of these defences as meaning physical injury; that is the position of the

¹¹³ (1884), 14 Q.B.D. 273.

¹¹⁴ (1842), 26 Fed.Cas. 360.

¹¹⁵ John Dixon, "A Blueprint for Heroism or a Rational and Humane Code?" (1983) 7 Crim. L. J. 132 at 137-138, discussing the recommendations of Sir John Minogue, Q.C., Victoria Law Reform Commissioner.

LRCC.¹¹⁶ This seems too restrictive. It is recommended that, for the purposes of the defences of duress and choice of evils, the definition of "serious harm" should be broad enough to include the serious psychological harm that can result from acts like sexual assault, blackmail, and forcible confinement. It will have to fall to the trier of fact to assign a proper weight to the threatened harm.

The Parameters of the Defence, and the Problem of Objectivity:

Once the draughtster has decided what sorts of compulsion will ground a defence, it has to be decided what level of threats will suffice, how dire, credible, and immediate they must be, and whether to require an actor faced with such threats to display intestinal fortitude, or pursue legal alternatives to the unlawful act that seems necessary.

(I) Threshold level of the threat:

Duress, under most codes, can only be argued if the threat to the actor was of some magnitude - death, bodily harm, unlawful force against the person, and so on (the current section 17 is a typical example). Necessity at common law, though it requires "urgent immediate peril" per Perka (implying that certain low-order threats will not suffice), sets up a less restrictive standard of proportionality between the harm caused and the harm avoided, without specifying anything about severity. Given the incorporation of a standard of proportionality in the proposed provisions, is there any need to insist as well that the threatened harm was "serious"? Encouraging obedience to the law is a value of sufficient importance to merit the creation of a standard which discourages individuals from making their own assessment of the costs and benefits of doing so. The defence should make allowance for unlawful behaviour only when the stakes are relatively high. What amounts to a serious threat will have to be decided by the trier of fact, relying on objective criteria. This would not necessarily rule out any consideration of idiosyncratic characteristics of the accused.

(II) Threshold credibility of the threat:

Provided the first hurdle is cleared, and an objectively serious threat has been made, should the code also require that the accused's belief in the threat be reasonable - or is it enough that the accused simply does believe that the threat is genuine and will be carried out? The LRCC opted for the objective approach, whereas the English Law Commission decided to stay with subjectivity, making it enough that the actor "knows or believes" that the danger is real, and making allowance for personal characteristics that would tend to skew the perception of the threat.

¹¹⁶ *Supra* note 20. See the definition of "harm" contained in s.1 at 11.

The ALI echoes some common law decisions in its section on duress by requiring that the threat be of a sort that a person of "reasonable firmness" could not resist.

On balance, this is an issue that is best resolved according to principles of subjectivity. At this point in the inquiry, the accused has already demonstrated a perception of threats which, if they came to pass, would be objectively "serious". This imports a sufficient element of objectivity into the assessment of whether the accused was subject to compulsion. The accused will still bear the tactical burden of establishing some rational basis for his belief.

(iii) Threshold immediacy of the threat, and the requirement of recourse to authority:

The current law, and most proposed codes, insist that the threat be immediate, whether in the context of duress or necessity. A powerful policy rationale for this exists in that the law is designed to discourage self-help, and should prompt people to seek the assistance of lawful authority whenever practical. Thus the existing *Criminal Code* provision on duress requires that the threatener be present when the criminal act is performed, while Justice Dickson in Perka made absence of a reasonable legal alternative one of the requirements of necessity, and required as well that the threat be one of immediate harm - "imminent risk" and "urgent immediate peril". However, some common law formulations of duress allow for threats that will only be carried out in the future.¹¹⁷

It seems obvious that those who consciously reject lawful alternatives should not be allowed a defence, but what of those persons who did not perceive an existing legal alternative or who believed that the legal alternative offered no hope of averting the harm. An objective standard, in this context, offers a reasonable compromise between the impetus to encourage people to seek legal solutions and the desire to exculpate those who would have sought a legal solution but for a perception that none was available. Further, I propose that the defence should require an immediate threat, or if not immediate, then of such a nature that the accused reasonably believes that recourse to authority will not avert the harm.¹¹⁸

As regards legal alternatives, the provisions should disqualify the accused from raising a defence only when there was an absence of a reasonable and reasonably apparent legal means to avoid the harm. "Reasonable" in this context means proportionate - the legal means should be preferred over the unlawful one only if it, too, averts more harm than it creates. "Reasonably apparent" means simply that the legal alternative would have been discernible to the person of ordinary intelligence in the same situation.

¹¹⁷ See Regina v. Hudson & Taylor (1971), 56 Cr. App. R. 1 (Eng. C.A.).

¹¹⁸ There will be situations in which the accused was entirely correct in believing that official intervention would not provide much help; the position of the English Law Commission, that belief in the hopelessness of seeking official help provides no excuse, however well grounded that hopelessness may have been, seems unduly harsh in light of this fact.

Proportionality and Mistake:

It seems odd that, in establishing their definitions of proportionality, both the LRCC and the Supreme Court, in Perka, settled upon an ex post calculation of the harm sought to be avoided as against the harm actually created. What if the accused intended a proportionate result, but made a mistake? It is a general premise of the criminal law that those who make unreasonable mistakes of fact are not to be found culpable when the circumstances, had they been as the accused believed them to be, would not have amounted to a breach of the law. Inasmuch as honest but unreasonable mistakes are held to be exculpatory in relation to criminal mens rea, so too should allowance be made for them within the doctrine of proportionality. Mistakes in judgement should also be treated with lenience. Terrible stress sometimes produces terrible errors, and as long as the motives of the accused were pure, the law should acknowledge that it is too much to expect that those in the throes of a crisis should always get their facts straight.

The formula, then, should require that the harm sought to be avoided by the criminal act was substantially greater than the harm sought to be created. This is a mixed subjective/objective standard; the subjective intentions of the accused will be weighed in the balance, and the jury will decide, by objective criteria, whether what was intended was a proportionate result.

Prior Fault and the Availability of the Defence:

The theory behind the defences of duress and choice of evils is that the accused is not morally culpable because she has fallen prey to circumstances beyond her control. It makes sense, then, to disqualify a defendant from raising a defence of duress or choice of evils when she did have some role in bringing about the circumstances that created the compulsion. The current s.17 blocks a defence of duress when the accused was a party to a conspiracy or association whereby he became subject to compulsion. The common law of necessity also denies a defence to those responsible for their own misfortune. The LRCC, to the displeasure of the Working Group on the General Part, makes no provision for prior fault; the Working Group wants any new provision on duress to echo s.17 (while making no mention of the problem in its section on necessity).

The ALI proposal on prior fault provides a principled answer to the problem of prior fault: one is disqualified from raising a defence when one recklessly or negligently (if negligence is a sufficient mental element to ground the offence charged) exposed oneself to the likelihood of compulsion.¹¹⁹

119 *Supra*, note 23 at section 2.09. The ALI's formulation of duress contains the following clause:

The defence provided by this section is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress. The defence is also unavailable if he was negligent in placing himself in such a situation, whenever negligence suffices to establish culpability for the offence charged.

Justification or Excuse:

Is the accused to be excused for his actions, the implication being that we disapprove of what he did but can understand the forces that compelled him to do it, or justified, implying that we fully approve of the result as being in the spirit that the law intended, though contrary to the letter of the *Criminal Code*?

The ALI sees choice of evils as a justification; the LRCC was not sure what to do, putting both duress and necessity in a section labelled "Justifications and Excuses"; the Working Group on the General Part agreed with Justice Dickson in *Perka* in holding that we cannot accept, as a matter of law, that any value transcends the values embodied in the law itself, and therefore criminal conduct can never be justified.¹²⁰

As regards the argument made in *Perka*, it seems more sensible to view the acceptance of a justification in some circumstances as an acknowledgement that sometimes the spirit of the law is best honoured when its specific provisions are ignored. Such is not a recognition of values superior to those embodied by the *Criminal Code*. It is simply the realization that the values of the law can on occasion be subverted by a blind adherence to its dictates.¹²¹

120 *Supra*, note 107 at 248.

121 In *Perka*, two main arguments are made against the recognition of a justification under any circumstances: first, that no system of positive law can recognize a principle which would justify disobedience whenever an accused felt the law conflicted with some higher social value; second, that recognizing a justification would invite the court to go beyond its proper function by second-guessing the legislature as to the relative merits of social policies underlying criminal prohibitions.

In response to the first argument, it can be noted that a justification will not be granted simply because the accused perceived a higher value which conflicted with obedience to the law. The court will evaluate the merits of the subjective perceptions of the accused, and decide whether, had he achieved what he meant to accomplish, disobedience would indeed have been the best course of conduct.

Justice Dickson's second argument can be countered by two lines of reasoning. First, when a court recognizes a justification for disobedience in a given case, this will not, generally, be because the social policy behind the broken law is under attack. If speeding is justified in a case in which such was necessary to save a life, the general policy behind setting speed limits is not condemned, but it is recognized that another, more important social policy inherent in the law - protection of life - was also at stake. The *Criminal Code* itself, by providing a defence, will recognize that there will be circumstances within which the policies of the law will clash, and the more crucial values meant to be promoted by the *Criminal Code* will actually be subverted by a blind adherence to its dictates.

Moreover, if, in a rare case, the court decides that a law can never be obeyed without doing more harm than good, then the law itself has failed the test of proportionality. Parliament, presumably, has made a mistake. If this is not for the courts to decide, then one wonders what is going on with the application of the *Charter of Rights and Freedoms*. Clearly, in our system, weighing the relative merits of the social policies behind the law is very much a role for the court - it is strange to hear the author of the *Oakes* test claiming the contrary.

What, then, should be justified? The problem is simplified by making the distinction between duress and necessity the distinction between self-interest and altruism. The proposal is that duress should, in general, provide an excuse; the actor decides to break the law, perhaps harming the interests of the innocent, in order to salvage his own interests. We may feel that superior moral conduct would be to accept fate and do no harm to society, but given certain circumstances we will not insist upon saintliness. However, in cases of extreme proportionality, when death or serious harm is sought to be avoided without seeking to imperil the lives or health of others, the criminal act is justified. One should not, from any perspective, be praised for a decision to sacrifice one's own life or health to avoid comparatively minor breaches of the law, such as offences against property.

Choice of evils involves an intervention to save others from harm, and should, in general, provide a justification. One who is a bystander, with the option of doing nothing, yet decides to intervene and risk criminal sanction in order to minimize harm to society at large, is not doing the easy thing. Such action should be justified, provided that the intent of the accused was to achieve a result which meets the objective criteria of proportionality.

Proportionality, however, cannot provide a complete answer. We may still have qualms about justifying actions that harm or kill the innocent, even if such can be demonstrated to have been necessary in order to save substantially greater harm.

Because there is no way to anticipate all the circumstances which will arise, and because the causing of death or serious harm is qualitatively distinct from lesser illegal acts such as the destruction of property, justification cannot be made mandatory whenever there is proportionality.¹²² As ever, the only option is to build in flexibility and trust the trier of fact to make a proper assessment of the particular circumstances.

Draft Provisions

Duress

- 1) For the purposes of this provision, "harm" includes psychological harm.
- 2) Duress shall be available as a defence to any crime, whatever its severity. An accused shall be said to have acted under compulsion of duress when that accused was personally threatened by death or serious harm, or the

¹²² It is always possible to create a nightmare scenario that horrifies even as it meets the test. Thomas Morawetz cites the example of a doctor who sacrifices one healthy patient in order to transplant eight body parts into eight other patients who would otherwise surely die. Thomas Morawetz, "Reconstructing Criminal Defenses: The Significance of Justification" (1986) 77(2) J. Crim. Law & Criminology 277 at 295.

prospect of serious damage to property, whether the peril resulted from human threats or the force of circumstances, and

a) the accused acted in the belief that the criminal act was necessary to prevent the impending harm or damage;

b) the threat was of immediate harm or damage, or, if not immediate then of such a nature that the accused reasonably believed that recourse to authority would not prevent the harm or damage; and

c) there was no reasonable and reasonably apparent legal alternative that would have prevented the harm or damage.

3) If the accused has purposely or recklessly caused death or serious harm to another person, or has attempted to do so, a case in which the sole compulsion was a threat of damage to property will not qualify as one in which a defence of duress can be raised. In other cases involving the purposeful or reckless causing of death or serious harm, it shall be decided by the trier of fact whether duress, if available as a defence, should provide

a) a complete excuse;

b) in the case of causing death, a partial excuse, resulting in a reduction of a charge of murder to one of manslaughter;

c) in the case of causing serious harm, a partial excuse, resulting in a sentence one half of that which would normally be applied for a conviction of the offence charged; or

d) no excuse.

4) In all other cases, duress shall provide a complete excuse if the harm or damage the accused sought to avoid substantially outweighed the harm or damage the accused sought to be caused by the illegal act, with the exception that the defence shall provide a full justification if the accused sought to avoid death or serious harm.

5) Duress shall not be available as a defence if the accused recklessly created the circumstances in which compulsion was a likelihood, or negligently, if negligence would suffice to establish culpability for the offence charged.

Choice of Evils

- 1) For the purposes of this provision, "harm" includes psychological harm.
- 2) Choice of evils shall be available as a defence to any crime, whatever its severity. An accused shall be said to have acted under a compulsion to choose between evils when that accused acted to prevent death or serious harm to others, or serious damage to the property of others, and
 - a) the accused acted in the belief that the criminal act was necessary to prevent the impending harm or damage;
 - b) the threat was of immediate harm or damage, or, if not immediate then of such a nature that the accused reasonably believed that recourse to authority would not prevent the harm or damage; and
 - c) there was no reasonable and reasonably apparent legal alternative that would have prevented the harm or damage.
- 3) If the accused has purposely or recklessly caused death or serious harm to another person, or has attempted to do so, a case in which the sole compulsion was a threat of damage to property will not qualify as one in which a defence of choice of evils can be raised.
- 4) In a case involving the purposeful or reckless causing of death or serious harm, or an attempt to cause death or serious harm, the trier of fact shall have the discretion to decide that choice of evils provides a full justification, if the harm sought to be avoided by the accused substantially outweighed the harm sought to be caused. As an alternative, and in all other cases involving the purposeful or reckless causing of death or serious harm, or an attempt to cause death or serious harm, it shall be decided by the trier of fact whether choice of evils, if available as a defence, should provide
 - a) a complete excuse;
 - b) in the case of causing death, a partial excuse, resulting in a reduction of a charge of murder to one of manslaughter;
 - c) in the case of causing serious harm, a partial excuse, resulting in a sentence one half of that which would normally be applied for a conviction of the offence charged; or
 - d) no excuse.

- 5) In all other cases, choice of evils shall provide a full justification if the harm or damage sought to be avoided substantially outweighed the harm or damage sought to be created by the illegal act.
- 6) Choice of evils shall not be available as a defence if the accused recklessly created the circumstances in which compulsion was a likelihood, or negligently, if negligence would suffice to establish culpability for the offence charged.

ENTRAPMENT AND THE GENERAL PART

Scott Bomhof

Two dominant approaches to entrapment appear throughout the literature on the topic. The first, commonly known as the subjective approach, fits within a framework of culpability and defences such as the General Part. The second, known as the objective approach, does not rationally mesh within the General Part. By examining the rationale behind these two approaches, their application in the Canadian and American legal systems, and various alternative methods of controlling entrapment, a general framework for a preferred approach for codification will be developed.

The task of defining the term entrapment is difficult since it is approached from many divergent views in different jurisdictions. The focus in this paper will be in making a distinction between acceptable and unacceptable police procedures in the prevention of crime. It is along this spectrum of police conduct that law enforcement becomes entrapment, but the exact point of divergence is hard, if not impossible, to pinpoint. The Law Commission of Great Britain loosely defines entrapment as, "the participation of informers or the involvement of individual police officers themselves in the commission of an offence for the purpose of apprehending the actual criminals involved"¹²³. While this definition is very generalized, it helps to display the important aspect of police conduct in the manufacturing of a criminal act.

The Subjective Approach

The development of the defence of entrapment was spearheaded by the Supreme Court of the United States, and it is from the body of decisions arising within that Court that the subjective approach is most prominent. The focus here is upon the guilt of the accused, and as such would fit within the confines of the General Part. Two distinct groupings of cases have arisen which deal with the notion of entrapment. The early cases of Sorrells v. United States¹²⁴ and Sherman v. United States¹²⁵ both dealt with the apprehension of individuals involved in consensual crimes, where the police investigatory methods were brought into question. In both cases the court produced only concurring opinions, and seemed to focus on the predisposition of the accused as well as the appropriateness of the police conduct. The defence was held to arise from statutory interpretation rather than any overriding goal of protecting the administration

¹²³ Great Britain Law Commission, Criminal Law: Report on Defences of General Application (Report 83) (London: Her Majesty's Stationery Office, 1987)

¹²⁴ (1932), 287 U.S. 435.

¹²⁵ (1958), 356 U.S. 369.

of justice¹²⁶. The dominant focus on culpability was to lay the groundwork for the adoption of a purely subjective test in later cases. In the second grouping, which is made up of more recent American cases, the division within the Court as to the proper approach to entrapment became highly visible. In the decisions given in Russell v. United States¹²⁷, Hampton v. United States¹²⁸, and Mathews v. United States¹²⁹, a more conservative bench began to shore up the scope of the defence, and limit the test to a purely subjective analysis of the predisposition of the accused. The basic elements of the defence of entrapment recognized by the United States Supreme Court, were articulated by the majority in Mathews:

government inducement of the crime, and a lack of predisposition on the part of the defendant to engage in the criminal conduct ... [the] question of entrapment is generally one for the jury¹³⁰.

The focus is clearly on the intention of the accused, with the defence operating as a negation of mens rea due to the inducement offered by government actors.

The problems presented by a purely subjective test were examined thoroughly by the minority opinions voiced within these cases. In Sorrells, Justice Frankfurter pointed out that placing the focus on predisposition, which is often linked to past criminal activity, allows police to create new crimes as long as they are dealing with old criminals¹³¹. The accused is then required to put his/her past character into issue at trial. The subjective approach has also been criticized because it operates to negate mens rea only when inducements are from government actors and is not available when non-government actors offer inducements¹³². These flaws make the subjective formulation of the defence rationally unacceptable.

126 *Supra*, note 124 at 439.

127 (1973), 411 U.S. page 423.

128 (1976), 425 U.S. page 484

129 (1988), 485 U.S. page 58

130 *Ibid.* at 63.

131 *Supra*, note 125 at 383.

132 L.G. Webster, "Building A Better Mousetrap: Reconstructing Federal Entrapment Theory From Sorrells to Mathews" (1990) 32 Arizona L.R. 605 at 627. See also Mack v. The Queen, (1988) 44 C.C.C. (3d) 513 at 546 (S.C.C.).

The Objective Approach

As dissatisfaction blossomed with the use of a subjective test, a number of scholars called for the introduction of an objective element to entrapment¹³³. In the United States, both the American Law Institute and the United States National Commission on Reform of the Federal Law (the Brown Commission) proposed the adoption of rules which focused on police conduct rather than the predisposition of the accused¹³⁴.

The basic elements of the objective test can be generalized into four points. The focus of the inquiry is upon the involvement of the government in the commission of the crime. This involvement is to be weighed against a test of external reasonableness. The inquiry is concerned only with the current criminal charges, and not with past conduct¹³⁵.

Canadian Interpretation of Entrapment

The recognition of entrapment as a valid defence did not occur spontaneously in the Canadian Courts. Rather, it was arrived at by a piecemeal interpretation of scholarly opinion and recommendations for reform. The need for the defence was implied in early cases such as *Kirzner v. The Queen*¹³⁶, where the importance of using police infiltration in the commission of consensual crimes was noted by the Supreme Court of Canada.

¹³³ See Webster, *ibid.* at 607; M.F.J. Whelan, "Lead Us Not Into (Unwarranted) Temptation: A Proposal to Replace the Entrapment Defense with a Reasonable-Suspicion Requirement" (1985) 133 U. Pa. L.R. 1193; P.H. Robinson, "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis" (1982) 82 Col. L.R. 199 at 236; D. Lanham, "Entrapment, Qualified Defences and Codification" (1984) 4 Oxford J. of Legal Studies 437.

¹³⁴ The Brown Commission defined entrapment as "when a law enforcement agent induces the commission of an offence, using persuasion or other means likely to cause a normally law-abiding person to commit the offence". See The United States National Commission on Reform of Federal Criminal Law, Study Draft of a New Federal Criminal Code (Washington: U.S. Government Printing Office, 1970). See also *supra*, note 23, s. 2.19.

¹³⁵ Webster, *supra*, note 132 at 618. See also Stober, Entrapment in Canadian Criminal Law (Toronto: Carswell, 1985) at 65.

¹³⁶ [1977] 38 C.C.C. (2d) 131 at 136 (S.C.C.).

The first case in which the defence of entrapment was recognized by the Supreme Court of Canada, albeit in a minority decision, was Amato v. The Queen¹³⁷. In his powerful dissent, Mr. Justice Estey laid out the framework for a finding of entrapment: the offence must have been instigated by the police, the accused must have been ensnared by police conduct, and if these elements are met, there is a stay of proceeding, not an acquittal¹³⁸. The defence was first recognized by a majority of the Supreme Court of Canada only five years later. In Mack v. The Queen¹³⁹, the objective approach taken by Estey, J. in Amato was welded to a second subjective test, creating a hybrid approach that is now law in Canada¹⁴⁰. Rather than asking if the accused had the predisposition to commit the offence, the first Mack test asks if the police had a reasonable suspicion that the accused was already engaged in criminal conduct, or if they were engaged in a *bona fide* investigation¹⁴¹. It is in the second arm of the test that a subjective element is used in order to temper the objective review of police conduct. This stage requires that the police, while acting under a reasonable suspicion or within a *bona fide* investigation, do not go beyond providing an opportunity for the offence to be committed and actually induce the commission of the offence. In determining if the police have crossed-over this delicate line, the Supreme Court decided to employ the reasonable person test. It is necessary to consider "whether the conduct of the police would have induced the average person in the position of the accused"¹⁴². This dividing line between acceptable and unacceptable conduct is said to be at the point at which the administration of justice would be brought into disrepute.

The most recent Canadian case to deal with the issue of entrapment was the Supreme Court of Canada decision in Barnes v. The Queen¹⁴³ where the focus was on the first branch of the test outlined in Mack. The Court denied the use of the defence of entrapment in this case because the police were involved in a bona fide investigation into drug activity covering six city blocks of a pedestrian mall¹⁴⁴. It is interesting to note that the undercover officer who requested drugs from the accused had no reasonable suspicion that the accused was a drug dealer. The wide scope given to the police in undertaking a bona fide investigation seems to severely limit the scope of the test as it was originally formulated.

137 [1983] 69 C.C.C. (2d) at 31.

138 *Ibid.* at 61 and 75.

139 *Supra*, note 132.

140 *Ibid.* at 513.

141 *Ibid.* at 522.

142 *Ibid.* at 555.

143 [1991] 63 C.C.C. (3d) 1.

144 *Ibid.* at 6.

The shift in the majority opinion towards a more narrow reading of the entrapment defence is further highlighted by the dissenting opinion of McLachlin, J., who focused on the circumstances surrounding the actual charges. Given the minor nature of the offence, the vastness of the area in which the police were engaged in their investigation, and the many innocent people who were likely to have their rights infringed by such an investigation, McLachlin J., concluded that the police conduct crossed over the line of acceptable methods¹⁴⁵. The wide consideration given in this dissent seems to be more cognizant of the rationale behind entrapment outlined in Mack.

Where does entrapment fit into the grand scheme of Canadian criminal law? The defence was not developed in the present General Part of the *Criminal Code* which includes the option for the continuance of common law defences¹⁴⁶. Instead, the Supreme Court chose to deal with the defence as independent from the common law defences since it is rooted in the inherent power of the judiciary to prevent an abuse of the legal process¹⁴⁷.

One can also clearly differentiate between the entrapment defence and those defences which either act as an excuse or as a justification for the accused's actions. A justification can be defined as the choice between two evils, where the choice of a lesser evil, though forbidden by law, can be overlooked because of the greater evil it avoided. An excuse is the existence of conditions that suggest that an actor is not responsible for his actions¹⁴⁸. While entrapment can be likened to either of these categories of defence, it possesses many qualities which make it distinct from both as well.

The most promising categorization for the placement of entrapment is among public policy defences. It is among defences such as double jeopardy and statutes of limitations that the rationale for entrapment best fits. The focus here is not on the culpability of the accused, but on countervailing values to crime control¹⁴⁹. Such a categorization complies with the argument that the General Part of the *Criminal Code* is not the proper home for a defence of entrapment, since that would require that the defence focus on the elements of the crime itself.

¹⁴⁵ *Ibid.* at 29.

¹⁴⁶ R.S.C. , 1985, c.46, s.8(3).

¹⁴⁷ See Mack, *supra*, note 132 at 525.

¹⁴⁸ Robinson, *supra*, note 133 at 213, 221.

¹⁴⁹ *Ibid.* at 230.

Alternative Approaches

Some academics argue against recognizing the defence of entrapment at all as it allows a factually guilty accused to escape conviction. In the subjective model, this is exasperated by the actual acquittal of the accused. In the objective test however, the finding of entrapment does not lead to an actual acquittal, but rather to a stay of proceedings. While this is in effect the cessation of charges, it does not actually lead to a finding that the offence was never committed. A possible development along this line would be to consider the creation of a finding of 'guilty but entrapped', wherein guilt would be recognized, but no conviction entered.

There are other alternatives in lieu of recognizing a defence of entrapment. The rejection of the defence of entrapment in the United Kingdom has resulted in the alternative approach of employing proof of entrapment as a mitigating factor for the judge to consider in the process of sentencing. While such an option is attractive as a middle ground for dealing with entrapment, it fails to obtain any protection for the integrity of the justice system. The entrapped accused is still convicted and the police conduct goes unchecked.

This method of dealing with entrapment is also highly problematic in the Canadian context, where many offences are still bound by minimum sentences. In order for this approach to be applied, it would be necessary for mandatory minimum sentences to be repealed. While this has been suggested in many recommendations for reform, it has not yet been accomplished¹⁵⁰. When coupled with a procedural defence of entrapment, however, the use of mitigation of sentence could be useful where the evidence was not enough to prove entrapment to the degree required to lead to a stay of proceedings, but was enough to cause the judge to feel the sentence should be mitigated.

The era of the Charter has opened the door to inventive approaches to dealing with police activity, especially in the area of excluding evidence obtained in a manner which violates Charter rights. This avenue should be explored further in the area of excluding evidence obtained by entrapment, but at the present time it appears to be of little use in protecting the good repute of the administration of justice. Although evidence can be excluded under s.24 of the Charter, it is first necessary that a Charter right or freedom be breached by the police conduct. Since there is no such thing as a right not to be induced into crime, the application of s.24 is limited. There is also the problem that entrapment does not create evidence, but only discovers real evidence. Therefore there is very little that a Court can exclude, making this approach of little use to either the entrapped individual, or to the protection of the good repute of the justice system¹⁵¹. The exclusion of evidence obtained by entrapment, therefore, is neither an adequate nor workable alternative to a codified defence of entrapment.

¹⁵⁰ Canadian Criminology and Corrections Association, Toward a New Criminal Law: A Brief to the Law Reform Commission of Canada (Ottawa: The Association, 1973) at 27.

¹⁵¹ M. L. Friedland, "Controlling Entrapment" (1982) 32 U.T. L.J. 1 at 22.

Another way to deal with entrapment is indirectly, through the use of controls on police activity. By means of police guidelines, civil liability, and criminal charges being laid upon the entrapper, these approaches try to achieve what can best be done directly through a codified defence of entrapment. The use of criminal liability has been suggested as the best means of controlling police conduct by the Law Commission of Great Britain¹⁵². However, there is no empirical evidence that such control methods are effective, much less if they are ever enforced¹⁵³. Given the substantial limitations to this method of controlling entrapment, the benefits of relying instead on a codified defence, where the result of abuse of process is readily apparent to the police, and the Court is able to control the purity of its own system, outweigh any possible benefits of relying on indirect controls.

Draft Legislation

With the rationale of protecting the integrity of the justice at the core of a codified defence of entrapment, the following is one draft of what possible legislation could look like :

1. A stay of proceedings may [will] be entered where it is established by the accused, by a preponderance of evidence, that the police, or an agent of the police :

- (1) Provided the accused with an opportunity to commit the offence charged without :
 - (a)having reasonable grounds to suspect that the accused was already engaged in criminal activity, or
 - (b)being engaged in a *bona fide* police investigation, or
- (2) while acting upon a reasonable suspicion, went beyond merely providing an opportunity, and actually induced the commission of the offence charged, in such a manner that the administration of justice is brought into disrepute.

2. The Judge shall consider all relevant circumstances [including the predisposition of the accused] in considering if the police conduct was such as to bring the administration of justice into disrepute.

[3. Where the defence of entrapment is raised by the accused, but the evidence does not meet the requirements of s.1, the Judge may nonetheless consider evidence of entrapment in mitigating the sentence of the accused upon a finding of guilt.].

Commentary on Draft Legislation

The draft legislation is clearly formulated on the objective approach heralded in this paper. The words contained in parenthesis are possible alternative interpretations which tend to shift the focus of the inquiry. The main text, however, is an attempt to codify the present understanding of the defence as it is known in Canada. The procedural elements would follow those previously outlined for an objective approach, including the requirement that a judge deal with the consideration of entrapment. This would allow the reasonable conduct standard to be a question of law, and allow the judge to decide if the conduct in question was sufficient to bring the administration of justice into disrepute. The burden of proof would be on the accused, based on a preponderance of proof, and the defence could only be raised after the elements of the crime have been proven beyond a reasonable doubt.

An important consideration in codifying a defence of entrapment is to deal with the types of offences for which the defence will be available. In both the Model Penal Code and the Ouimet Committee Report, there are recommendations that the defence not be available when "causing or threatening of bodily injury" is a part of the offence charged¹⁵⁴. However, given the wide scope left open to the judge in the draft legislation, there should be no need to formulate any such limits on the applicability of the defence. In considering the relevant circumstances, the judge can deal with the issues of whether bodily harm was threatened or caused, and include it in his/her analysis of the defence.

The burden of proof placed on the accused, adopted from the Model Penal Code, is "by a preponderance of evidence". This should not be an unfair burden, and therefore would not violate the Charter, since the Crown has already had the burden of proving all of the elements of the offence before the defence would be available.

Conclusion

Entrapment can be approached from many different angles, but only one analysis is consistent with the Canadian concern with preventing the abuse of the judicial process. In the present era of the Charter, with its focus on the maintenance of the good repute of the administration of justice and individual rights, the objective approach to entrapment better embodies the fundamental values of our system. This formulation, however, does not fit within the categorization of 'defence' as the term is applied in the General Part of the *Criminal Code*. Rather, it rests comfortably within the procedural framework which is the infrastructure of our criminal law.

¹⁵² *Supra*, note 123 at 68. These guidelines attempt to control police activity by broadly defining the limits of permissible conduct, and requiring reasonable methods in the use of undercover operatives.

¹⁵³ See *supra*, note 150 at 28, and M. L. Friedland, "Controlling the Administrators of Criminal Justice" (1989) 31 Crim.L.Q. 280 at 281.

¹⁵⁴ See *supra*, note 23. See also *supra*, note 150 at 80.

ATTEMPTS AND CONSPIRACY

Brian Grant

Attempts

The three major problems created by the current law of attempts are 1) justifying the absence of a defence of abandoned intention; 2) delineating acts of preparation as distinct from those of attempt; and 3) dealing effectively with the various types of impossibility. Using the broad guidelines of restraint, clarity and fairness, though, it is possible to distill the useful elements from various reform proposals and create a coherent attempt provision.

Our starting point for this exercise is the American Law Institute's recommendation in s.5.01 of its Model Penal Code.¹⁵⁵ Although the section includes much unneeded specificity in ss.(2) and (3), its structure is compatible with our goals.

First, it establishes a clear and just defence of renunciation of criminal purpose.¹⁵⁶ No mention is made of this defence in the Law Reform Commission of Canada's Draft Code¹⁵⁷, but in the LRCC's Working Paper 45, it is recommended that it not be recognized in Canada.¹⁵⁸ This may be consistent with the current law in Canada, but this does not mean that it is the best course of action to take. There are many jurisdictions which allow this defence (such as France and

¹⁵⁵ *Supra*, note 23.

Section 5.01. Criminal Attempt.

(1) Definition of Attempt. A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he:

(a) purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believed them to be; or

(b) when causing a particular result is an element of the crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or

(c) purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime.

(2) Conduct That May Be Held Substantial Step Under Subsection (1)(c). Conduct shall not be held to constitute a substantial step under Subsection (1)(c) of this Section unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose....

...

(4) Renunciation of Criminal Purpose. When the actor's conduct would otherwise constitute an attempt under Subsection (1)(b) or (1)(c) of this Section, it is an affirmative defense that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose. The establishment of such defense does not, however, effect the liability of an accomplice who did not join in such abandonment or prevention

Within the meaning of this Article, renunciation of criminal purpose is not voluntary if it is motivated, in whole or in part, by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor's course of conduct, that increase the probability of detection or apprehension or that make more difficult the accomplishment of the criminal purpose. Renunciation is not complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to transfer the criminal effort to another but similar objective or victim.

156 *Ibid.*, s.5.01(4).

157 *Supra*, note 20 at 45.

4(3) Attempt. Everyone is liable for attempt who, going beyond mere preparation, attempts to commit a crime, and is subject to half the penalty for it.

158 Law Reform Commission of Canada, Secondary Liability - Participation in Crime and Inchoate Offences (Working Paper 45)(Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1985), s.4(4) at 50.

Germany), and there are many fact situations which call for its application. If the Commission is serious about its policy of restraint in the criminal law¹⁵⁹, it seems difficult to justify their stance on abandoned intention. The LRCC argues that account can be taken of abandonment in the sentencing procedure, but this is only after the stigma of criminal liability has attached to an accused. Why should such consequences befall someone who has renounced his criminal purpose before any harm has been created? Using a linear model of a course of criminal conduct, it would seem that the "line of criminal conduct" disappears when the actor abandons his purpose. At that point, there is no possibility of an end point of harm, so there can be no point on the line at which preparation becomes an attempt. Under the LRCC's proposal, though, the defence does not exist. The ALI, on the other hand, creates such a defence in ss.5.01(4).¹⁶⁰ While the expression of this defence may be too verbose for the LRCC's purposes, there is no reason to sacrifice words at the expense of justice.

The definition section of the ALI proposal is also useful for our purposes, although its substantive effect is to overextend the ambit of criminal liability. Sections (1)(a) and (b) can be transported verbatim into our new section as they meet our concerns about the current rules on impossibility. The sections erase the distinctions between the various types of impossibility and instead base culpability on perceived circumstances. Section (c), however, needs to be changed in order to conform with current Canadian views of criminal liability. The ALI's "substantial step" test, coupled with the "strongly corroborative" requirement, creates the danger that too much innocent activity will be caught in the web of criminal responsibility. Neither the LRCC nor the U.K. Law Commission¹⁶¹ have formulated tests which explicitly avoid this danger, but the common law that has developed in those two countries creates a narrower field of liability.

Further, the ALI's test still leaves us with the problem of clearly defining the threshold of criminal attempts. It appears from the proposals examined and the surrounding literature¹⁶² that there simply is no test which will pin point the threshold with unerring accuracy. The best we can do is to include in our recommendation some direction to the courts on the appropriate test to be applied. To withhold such direction is to risk the common law's expansion of criminal liability

¹⁵⁹ On the title page of the Law Reform Commission of Canada, Our Criminal Law - A Report of the Law Reform Commission of Canada (Ottawa: The Commission, 1976) there appears the proverb, "The more laws, the more offenders", and on page 31 of that policy paper, the Commission recommends "that in all these four aspects - ambit, responsibility, procedure, and sentencing - the watchword must be restraint."

¹⁶⁰ *Supra*, note 23.

¹⁶¹ *Supra*, note 24.

U.K. Law Commission proposal

¹⁶² (1) A person who, intending to commit an indictable offence, does an act that is more than merely preparatory to the commission of the offence is guilty of attempt to commit the offence.

¹⁶² See *supra*, note 20 at 45; *supra* note 23 at 329; R. v. Deutsch (1986), 52 C.R. (3d) 305 (S.C.C.) at 322 per Le Dain J.

beyond that intended by legislators. Currently, the Canadian test as enunciated in Deutsch¹⁶³ captures our intuition about the threshold of attempts in a course of criminal conduct. The test combines a "substantial step" requirement with that of sufficient proximity to produce guidelines which are more appropriate and restrained than those of the ALI.

Specifying a sentence for an attempt conviction is a difficult exercise. Attempt charges, by their very nature, can be laid at a variety of points in a course of criminal conduct and after an infinite number of acts have taken place. Police can intervene at any time after the actor has crossed the threshold of attempt, and it is only fair that the time of intervention be reflected in the sentence for the attempt. If someone shoots at an intended victim and misses by accident, we would want a more severe sentence than for the would-be killer who is intercepted on his way to the victim's house. In the latter case, there is still a possibility that the actor could not try to complete his final purpose. As well, no danger or fear has occurred in the victim's mind.

These different circumstances must be reflected in a flexible sentencing provision. The LRCC proposal would restrict the sentence for an attempt conviction to half that of the offence attempted. The intuitive justification for this is that attempters are not as blameworthy as successful criminals because they have not created their desired harm. This intuition may be true, but punishment is not the sole purpose of the criminal law - it must also prevent crimes and protect society. Further, this intuition does not necessarily lead to the strict "one-half sentence" rule.

A more satisfactory provision would allow the sentencing judge to exercise her discretion, taking into account all of the surrounding circumstances. To allow the judge full flexibility, the maximum sentence for an attempt should be the same as for the complete offence. Admittedly, it is difficult to conceive of an attempt which could attract the same penalty as that for a complete offence, but this approach is the only one which allows judges the requisite flexibility. This maximum sentence, combined with a defence of abandoned intention, provides strong incentives to actors to renounce their criminal purposes at any stage in their courses of conduct.

¹⁶³ B. v. Deutsch, *ibid.* at 323.

The recommendation, then, is for the following attempt provision:

Attempt. (1) A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for the commission of the crime, he:

- (a) purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believed them to be; or
- (b) when causing a particular result is an element of the crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or
- (c) purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime and is proximate to the commission of the crime.

(2) When the actor's conduct would otherwise constitute an attempt under Subsection (1)(b) or (1)(c) of this Section, it is an affirmative defense that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose. The establishment of such defense does not, however, effect the liability of an accomplice who did not join in such abandonment or prevention.

Within the meaning of this Article, renunciation of criminal purpose is not voluntary if it is motivated, in whole or in part, by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor's course of conduct, that increase the probability of detection or apprehension or that make more difficult the accomplishment of the criminal purpose. Renunciation is not complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to transfer the criminal effort to another but similar objective or victim.

(3) A person found guilty under s.(1) of attempting to commit an offence is liable to a maximum penalty equal to the maximum penalty for the offence.

Conspiracy

The LRCC's proposed conspiracy provision solves most of the structural problems created by the various current *Criminal Code* provisions. Section 4(5) of the Draft Code reads:

Conspiracy. Everyone is liable for conspiracy who agrees with another person to commit a crime and is subject to half the penalty for it.

The section is clear and concise and codifies the accepted definition of "conspiring". Quite clearly, the essence of the offence as proposed by the LRCC, is the act of agreeing to commit an offence. It cannot be any more clear. This approach is wholly consistent with the current Canadian common law and does not create any further complications. As well, this section provides a comprehensive conspiracy offence in one provision. The current Code contains many specific conspiracy offences¹⁶⁴, and it was the Commission's stated goal that these provisions be consolidated into one section.¹⁶⁵

Having accepted the basic structure of the LRCC proposal, then, there remain only two outstanding issues to be resolved. First, we must decide whether or not a new provision should allow for a defence of abandoned intention. And second, we must address the efficacy of the LRCC's sentencing proposal.

With respect to abandonment, it is noteworthy that the U.K. Draft Code contains provision for such a defence.¹⁶⁶ In s.48(5) it provides that

A conspiracy continues until the agreed act or acts is or are done, or until all or all save one of the parties to the agreement have abandoned the intention that such act or acts shall be done.

This section provides for the "termination" of a conspiracy offence if the parties abandon their criminal purpose.¹⁶⁷ As well the ALI provides for a similar defence if the actor "thwarts the success of the conspiracy" in a way which exhibits a full and voluntary renunciation of criminal

¹⁶⁴ See for example sections 465(1), 466 and 7(3.6) of the *Criminal Code*.

¹⁶⁵ *Supra*, note 20 at 46.

¹⁶⁶ *Supra*, note 24.. Also note the U.K. Law Commission proposal:

48(1) *A person is guilty of conspiracy to commit an offence or offences if -*

(a) he agrees with another or others that an act or acts shall be done which, if done, will involve the commission of the offence or offences by one or more of the parties to the agreement; and

(b) he and at least one other party to the agreement intend that the offence or offences shall be committed.

¹⁶⁷ This codifies the position on abandonment taken by the House of Lords in *D.P.P. v. Doot* [1973] A.C. 807.

purpose.¹⁶⁸ These defences make sense given the inchoate character of the offence. All of the justifications for having an offence of conspiracy are based on the idea that certain activity must be stopped *before it can cause any harm*. If this justification is to be taken seriously, then we must allow for the voluntary avoidance of harm by the actors involved. The Canadian rejection of an abandonment defence suggests, as with attempts, that the very act of conspiring is harmful in itself. However, from its character as an inchoate crime, we know that conspiracies are only dangerous in their relation to some future harm. If this future harm is avoided by a full and complete renunciation of criminal purpose, once again the preventative function of the criminal law has done its job and the erstwhile conspirators should be acquitted.

As between the ALI and U.K. enunciations of the defence, the former serves our purposes more fully. The U.K. Draft Code s.48(6) makes no mention of a conspirator's reasons for abandoning his intention and this leaves it open to acquit a conspirator who has simply been thwarted by some unknown externality. The ALI proposal, on the other hand, requires 1) that the actor thwart the success of the conspiracy; 2) that he renounce his criminal purpose; and 3) that the renunciation be complete and voluntary. This section provides an incentive not only to withdraw from a conspiracy but also to actively stop its course. Surely this is the kind of incentive that the criminal law should provide for would-be criminals.

The final issue we need to examine is that of sentencing. The LRCC's proposal, as with its attempt law proposal, sets the sentence for conspiracy to commit an offence at one half of the penalty for that offence. Once again, we must decide whether or not this limit provides sufficient flexibility to allow judges to properly reflect the seriousness of an offence in the sentence. When looking at sentencing considerations in the context of conspiracy, we must remember what the substantive offence involves. It is simply the agreement to commit an offence. This in itself can never create harm and can never be as serious as the commission of the intended offence. Further, the Canadian law allows that a charge of conspiracy can coexist along side a charge for committing the full offence.¹⁶⁹ If an actor proceeds beyond the simple agreement required for a conspiracy charge, he is liable to further charges of aiding and abetting, attempting, and/or

¹⁶⁸ *Supra*, note 23, s.5.03(6).

ALI proposal:

Section 5.03. Conspiracy.

(1) *Definition of Conspiracy.* A person is guilty with another person or persons to commit a crime if with the purpose of promoting or facilitating its commission he:

(a) agrees with such other person or persons that they or one or more of them will engage in conduct that constitutes such crime or an attempt or solicitation to commit such crime; or
 (b) agrees to aid such other person or persons in the planning or commission of such crime or of an attempt or solicitation to commit such crime.

...

(6) *Renunciation of Criminal Purpose.* It is an affirmative defence that the actor, after conspiring to commit a crime, thwarted the success of the conspiracy, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose.

¹⁶⁹ See *Shepp v. B.* (1980), 15 C.R.(3d) 381 (S.C.C.).

soliciting. Each new charge provides its own penalties and this negates the need for a more severe sentence for the original conspiracy.

As argued above, the LRCC proposal contains all of the necessary elements for a clear and concise offence of conspiracy. However, it is deficient in that, by its silence on the subject, it retains the common law rejection of a defence of abandoned intention. In this respect the ALI Model Penal Code offers a fair and workable addition to the section.

The recommendation, then, is for the following conspiracy provision:

Conspiracy. (1) Everyone is liable for conspiracy who agrees with another person to commit a crime and is subject to half the penalty for it.

(2) It is an affirmative defence that the actor, after conspiring to commit a crime, thwarted the success of the conspiracy, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose.

Parties to an Offence

Orlando V. Da Silva

Accomplice liability, one of the oldest components of criminal law, is still one of the least evolved. Courts have pondered the common law doctrine for centuries; yet its principles, components and applicability still perplex judges, lawyers, law students and juries alike. Despite these frailties, the law has managed to serve its purpose with adequate effect and few injustices. But the opportunity for reform should not be passed over. The law of complicity is replete with contentious issues and inconsistent elements that could be effectively resolved after a prudent analysis of some of the forces that drive the uncertainty of the doctrine. The following discussion addresses these issues including, in particular, (a) the problem of causation, (b) the problem of *mens rea*, and (c) the purported necessity of distinctions between types of accessories. All of the above is addressed with a view toward developing a comprehensive yet simple law respecting accomplices.

The Current Law:

(I) Aiding and Abetting:

The *Criminal Code*, in Subsections 21(1)(b) and (c), provides that an accused who aids or abets the perpetration of an offence is liable as a party to that offence. If the offence is committed, the accused is guilty of the same offence as the actual perpetrator. Mere presence at the scene of the crime is insufficient to attract criminal liability; active encouragement or some positive act of assistance such as keeping watch, enticing the victim away, or preventing others from stopping the commission of the crime are necessary to attract criminal liability as an aider or abettor.¹⁷⁰

(II) Common Intention:

S. 21(2) of the *Criminal Code* makes a person a party to an offence if he or she forms an intention in common with another person to pursue an unlawful purpose (and to assist each other therein) and the other, in fulfillment of that purpose, commits the offence. For crimes other than murder or attempted murder, the accused will be liable as a party if he or she knew or ought to have known that the offence was a probable consequence of carrying out the unlawful purpose. If the principal's offence is murder or attempted murder, the accused accomplice must have actual or subjective knowledge.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Supra*, note 18 at 121.

¹⁷¹ *Ibid.* at 124.

(III) Counselling:

The *Criminal Code* deals with counselling under sections 22 and 264. S. 22, defines 'counselling' as procuring, soliciting and inciting, and provides that everyone who counsels another to commit a crime is a party to and guilty of that crime if it is committed notwithstanding that it might be committed in a different way than that counselled. The accused is also a party to any crime that is different than the one committed if the person who counselled knew or ought to have known the different crime was likely to be committed in consequence of the counselling.

S. 464 provides that everyone who counsels another to commit a crime is criminally liable even if the crime counselled is not committed.¹⁷² The counsellor is, however, subject only to such penalty as one who attempts to commit the counselled offence.

Shortcomings/Proposals/Recommendations:

Universally, reformers agree that complicity law must continue as a mandatory element of Canada's criminal law, although they disagree as to how it should be applied. According to Gillies, commentators and legal analysts consider that the complicity doctrine works reasonably well and performs adequate justice.¹⁷³ On further analysis, it becomes clear that the law does need some reform. Joshua Dressler, Professor of Law, Wayne State University Law School, advocates the imposition of a standard by which the accomplice's contribution to the crime may be measured for the purposes of imposing liability. He insists that there should be some threshold of assistance or influence, the surpassing of which, would justify the imposition of liability on the secondary party. If the threshold is not met, courts would be safe in ignoring the contribution as too slight to warrant criminal sanctions.¹⁷⁴ Peter Gillies, would reform the law such that the distinction between principles in the second degree and accessories before the fact (or, for that matter, aiders/abettors and counsellors/procurers/inciters) are eliminated. He would contract the ambit of liability imposed on secondary parties.¹⁷⁵ Glanville Williams would likely have *mens rea* carefully and specifically defined for all the elements of complicity doctrine.¹⁷⁶ But, the most comprehensive changes, though more to form than substance, are advocated by the Law Reform Commission of Canada. Understandably, the Commission proposes to modify ss. 21, 22, and 464, among other provisions, in light of their reform goals for a new General Part of the *Criminal Code* of Canada. Contending that: (a) the complicity provisions have not been sufficiently well organized to avoid repetition; (b) there is a lack of system and order in the various provisions which

¹⁷² *Ibid.* at 127.

¹⁷³ Peter Gillies, *The Law of Criminal Complicity* (Sydney: The Law Book Company Limited, 1980).

¹⁷⁴ Joshua Dressler, "Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem" (1985) 37 *The Hastings Law Journal* 91.

¹⁷⁵ *Supra*, note 173.

¹⁷⁶ Glanville Williams, "Complicity, Purpose and the Draft Code-2" [1990] *Crim. L.R.* 98.

make the sections somewhat unmanageable; and (c) there is confusion as to thrust, direction and basic principle, the Commission recommends semantic changes that would, purportedly, rectify these problems.¹⁷⁷ The English Draft Code¹⁷⁸ and the Model Penal Code¹⁷⁹ have also addressed some of the concerns raised above.

(I) The *Actus Reus* of Complicity Law

Joshua Dressler's maintains that one of the most pressing problems of the current complicity law involves the fact that the accessory may be liable no matter how minimal his actual contribution to the offence. "Why," he asks, "does the law treat all secondary parties alike, despite their varied levels of contribution to crime? Why does the criminal law potentially equate the villainy of an Iago with the loyalty of a spouse who furnishes a lunch to her perpetrator-husband?"¹⁸⁰

The basis of Dressler's concerns lies in the way causation doctrine is applied to the law of complicity. For the perpetrator, the rule is straight forward and virtually immutable: the crown must prove beyond a reasonable doubt that *but for* the perpetrator's acts, the prohibited harm would not have happened when it did.¹⁸¹ The accomplice, however, is on less secure footing: "[t]he assistance given...need not contribute to the criminal result in the sense that *but for* it the result would have ensued. It is quite sufficient if it facilitated a result that would have transpired without it."¹⁸² For Dressler, the value of causation doctrine to complicity law is paramount. It is the instrument we employ to ensure those who are legally blameworthy are given their retributionally deserved punishment; it ties the degree of guilt of the accused accomplice to the degree of harm implicated.¹⁸³ Dressler argues that this paramountcy requires a more sophisticated and careful application to complicity law to ensure that justice is done.

Indeed, the immateriality of the degree of influence or contribution may cause substantial injustices. One would assume, for example, that a mastermind of a complicated robbery that ends in an innocent party's death would somehow be more culpable than an individual who, knowing of the scheme, purposely provides a mask; yet both would be liable to the same punishment under current law. A prudent analysis of accomplice law for the purposes of reform should at least address this issue. The Law Reform Commission does not.

¹⁷⁷ *Supra*, note 20 at 19.

¹⁷⁸ *Supra* note 24.

¹⁷⁹ *Supra* , note 23.

¹⁸⁰ *Supra*, note 174 at 92.

¹⁸¹ *Ibid.* at 99.

¹⁸² *State v. Tally*, (1894)15 So. 722.

¹⁸³ *Supra*, note 174 at 103.

Curiously though, neither the English Draft Code provisions, the Model Penal Code provisions nor the Law Reform Commission provisions incorporate a causation test in their proposals. Perhaps they view an accomplice's immaterial or insignificant contribution to the crime as a matter to be considered in sentencing. Or perhaps they recognize that the common law doctrine of causation can be applied to accomplices only with great difficulty, not least of all because the commission of the crime is ultimately contingent upon the formation and/or maintenance of the will of the principal. This factor, the will of the principal, Peter Gillies writes,

will usually be sufficient to rupture any such causal link as might otherwise have existed between the accessories act of incrimination and the commission of the crime. And the range of acts of incrimination required of accessories is not necessarily to be contracted by requiring that this act should have "substantially" or "materially" conduced to the perpetration of the crime.¹⁸⁴

Such a limitation was once incorporated in the Model Penal Code: Tentative Draft but it was later abandoned by the American Law Institute in its Proposed Official Draft (1962) because it was presumably "too vague a test of liability to guide a jury verdict."¹⁸⁵ Even the Law Reform Commission in its Working Paper 45 recommended a "substantial act" test, but the recommendation did not materialize in any of the proposed provisions outlined in Report 31, Recodifying Criminal Law.¹⁸⁶

There is also an entirely pragmatic reason for barring this causal contribution approach. Often, the only way to determine the extent the principal was influenced or helped by the accessory would be to cross examine him, which is not plausible for obvious reasons. Concerns about the unduly comprehensive ambit of accessorial liability must be addressed some other way, by, for example, imposing strict mens rea requirements. The actus reus requirements should not be changed for the foregoing reasons.

(II) The *Mens Rea* of Complicity Law:

Perhaps the most important unresolved question involving the law of complicity is what the mens rea requirements should be. The problems associated with the actus reus of complicity should inform the approach to mens rea. More specifically, because "but for" causation is required to convict the principle, yet the accessory's act of complicity need not be of the slightest causal significance, mens rea should be the mechanism by which secondary liability is

¹⁸⁴ *Supra*, note 173 at 301.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Supra*, note 20.

constrained. The fact that the crown must usually prove both causation and purposive intent to convict the principle¹⁸⁷ reinforces the claim that it should at least have to prove purpose to convict his accomplice. S. 21(1) of the Code, constrains accomplice liability sufficiently by requiring proof of this highest level of *mens rea*. And by requiring such, the Code more closely harmonizes the *mens rea* required of the accessory with that required of the principle and, consequently, narrows the broad scope of accessorial liability resulting from the failure of causation doctrine. These are not the only reasons for requiring purpose.

If the law required knowledge alone, rather than purposive intent, what would otherwise be completely lawful activity, activity the accused has a right to engage in, would become unlawful. When a gun seller, intending only to make a living, sells someone a gun knowing that he thereby helped his customer to kill, or when a the novelist writes about a "perfect" crime knowing that, statistically speaking, someone will attempt that very crime, they act with indifference towards the ultimate offence; they have no interest in it. In so far as their intention differs from the principal's in this respect, they are less blameworthy. They may not be totally innocent of wrong doing, but they are, at least, less culpable than the principal and should not, therefore, be subject to the same punishment.

Requiring purpose to aid or influence in order to convict the accomplice on the same terms as the primary offender, may cause its own injustices where, for example, an accomplice, although not as culpable as the perpetrator is nevertheless highly culpable.¹⁸⁸ Consider for instance a case where the accomplice provides a gun to the principal at the scene of the crime knowing full well that the principal plans to kill the victim. The accomplice's purpose may not coincide with the principal's but his state of mind is still highly reprehensible.

To solve this dilemma without dissolving the purposive intent requirement, Peter Gillies suggests an offence of assisting crime analogous to an "accessory after the fact" offence with a corresponding penalty less than the maximum offence.¹⁸⁹ The jury would have to consider, then, whether the accused had the requisite intent to be convicted as an accessory or assistant in crime. In either case, the accused would still need to posses the mens rea appropriate for the crime.¹⁹⁰ A new Code provision should incorporate this notion.

¹⁸⁷ The principal is required to act with the highest degree of culpability. If he does not specifically desire the crimes occurrence, he must still act with the foresight that the offence is virtual certainty to flow from his behavior.

¹⁸⁸ *Supra*, note 173 at 304.

¹⁸⁹ This proposal, incidentally, is supported by Grace E. Mueller in her article entitled: "The Mens Rea of Accomplice Liability" (1988) 61 Southern Cal. L. Rev. 2169 at 2186.

¹⁹⁰ *Supra*., note 173 at 305.

(III) ***Mens Rea* of the Common Intender**

Both the English Draft Code and the Law Reform Commission indicate a general desire to preserve the common intender doctrine embodied in s. 21(2). Understandably, this fact represents the view that society should feel justified in imposing liability on the participants for the collateral but probable harms that arise from their unlawful designs. The normal purpose requirements are not imposed because of the pre-existing blameworthy mental state of the accused accomplice; this culpable intent is properly transferred to every *probable* consequence of the illegal design on which he or she embarked. Society should create incentives to arrest the onslaught of harm falling within the scope of common unlawful purposes by increasing the potential liability of an accessory for all the probable crimes of his cohorts. This approach does not suffer from the over-criminalization that arises from using mental states less than purpose (or knowledge for that matter) because the accomplice is not otherwise innocent. The only condition on liability that should be added to prevent over-criminalization would be to require not only that the collateral criminal act be probable but to insist that the accomplice know, subjectively, that the act would result. Using this approach, the new Code would follow the trend set by R. v. Vaillancourt¹⁹¹ and "ought to have known" in s. 21(2) would be struck out in respect of all crimes, not just murder and attempted murder. The Law Reform Commission adopted this approach in section 4 (6) but the English Draft Code failed utterly in this regard.

The Law Reform Commission Proposals

The Law Reform Commission developed its draft sections with a view to improving their arrangement, clarity and consistency and to increasing their generality, subjectivism, and comprehensiveness. To some extent they have accomplished these goals but they did so at the expense of coherency and doctrinal accuracy.¹⁹²

The "furthering" provisions have eliminated the distinctions between counselling and procuring on the one hand and aiding and abetting on the other. By and large, all the ways in which one could assist or influence a crime are captured by the verbs: "helps, advises, encourages, urges, incites or uses." By incorporating them in one section, the LRCC proposals ensure that the crime of furthering would no longer be derivative in nature. It would not, in other words, require a completed offence on the part of the principal as a precondition to imposing liability on the accomplice. "Furthering" would be treated as counselling has always been treated; an aider or abettor would be liable for attempted furthering even if the principal does not commit the crime aided or abetted. In so far as aiders and abettors can be said to have engaged in equally reprehensible conduct with equally culpable intentions, then the result of the LRCC's proposals are both rational and just.

¹⁹¹ (1987), 39 C.C.C. (3d) 118.

¹⁹² Law Reform Commission of Canada, Secondary Liability - Participation in Crime and Inchoate Offences (Working Paper 45) (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1985).

The Commissions proposals would also ensure that the same *mens rea* will apply to all acts of furtherance, thereby eliminating the uncertainty the courts experienced with respect to counselling. But to gain the added certainty, the LRCC proposal sacrificed a common sense approach to *mens rea* which necessarily distinguishes counselling from aiding and abetting. *Mens rea* requirements for aiding and abetting dictate that the accomplice know the principal's criminal intention but the same is not true for counselling. To group helping with counseling in the face of this different *mens rea* application would effectively prevent the conviction of one who counseils another to commit an offence where the individual counselled has no prior criminal intention.

The deficiencies of the LRCC proposal revolve around the fact that it does not properly deal with accessory *mens rea*. The difficulties in applying mens rea using the current provisions would prevail notwithstanding the LRCC's changes. Except for the residual clause in s. 2(4)(d) of Report 31 which would have mens rea default at "purpose", the Commission's proposals do not provide guidance on what the requisite mental element should be for accomplices. The LRCC's notion of purpose, embodied in s. 2(4)(a)(i), does not address secondary parties although it was no doubt so intended. Consequently, whether an accomplice needs to exhibit purpose, knowledge, or recklessness with respect to the act of assistance, the principal's intention, the circumstances constituting the offence or the results of the conduct is still unclear. Assuming that the default provision in s. 2(4)(d) applies to accessories, the accomplice would have to act purposely with respect to his or her conduct, purposely as to the consequences of that conduct, and knowingly or recklessly as to the circumstances. The conduct, consequences and circumstances must be specified by the definition of the crime, but crimes are typically defined in relation to the conduct and culpability of the principal and not the conduct and culpability of the accomplice standing alone or in relation to his or her principal.

The problems of *mens rea* application created by the LRCC's proposal's are not insurmountable. A competent court could make sense of the provisions irrespective of the difficulties, but if this situation were allowed to occur, an important opportunity to clarify a perplexing area of the law will have been missed. A new law of complicity should carefully and precisely define the accomplice's mens rea in relation to his or her own conduct, the conduct of the perpetrator and the circumstances and consequences of each.

Furthermore, and most notably, the LRCC's definition of purpose in s. 2(4)(a)(ii) of Report 31 incorporates "knowledge" and "recklessness" as to circumstances into what consequently becomes an overly broad definition. The scope of accomplice liability moves far beyond the current legislation in so far as "knowledge or recklessness" as to circumstances includes

knowledge or recklessness as to whether the principal in fact intends to commit a crime. All the problems argued above regarding the overly broad ambit of accessory liability, come to the fore under the LRCC's proposal's. An accomplice should not be convicted subject to the full penalty for the offence committed by the principal unless he or she acted purposely (i.e. acted for the purpose of assisting the principal perform an act that the accomplice knows is an offence and knows the principal intends to commit).

Proposed Legislation

1. (1) **Furthering.** A person is liable for furthering the crime of another person and is subject to the penalty for it if:

(a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offence,¹⁹³

Commentary

The useful language adopted by the Law Reform Commission of Canada with respect to the use of the word "furthering" is applied her to connote the highest level of culpability of an accessory to crime. As is evident by clause 1(1)(a), an individual guilty of furthering a crime must have acted with purpose rather than merely knowledge or recklessness.

(I) he or she counsels another person to commit the crime (or to do acts that in law will amount to the crime in the circumstances that exist, or if a specified result follows), and the other person commits the crime or does the act; or

Commentary

Clause 1(1)(a)(i) adopts the necessary bifurcation between counseling and aiding and abetting. The words surrounded by brackets enables the provision to cover complicity in offences of recklessness or negligence.¹⁹⁴

193 The wording in this subclause was adopted from the s. 2.06 (3)(a), Model Penal Code, *supra*, note 23.

194 The words used in this subclause were adopted from Prof. Glanville Williams language delineating the proper *mens rea* for accomplice liability in his article cited *supra*, note 176 at 102.

(II) he or she, having a legal duty to prevent the commission of the offence, fails to make proper effort so to do;¹⁹⁵ or

Commentary

This subclause makes witnesses, who have a legal duty to prevent the crime, accomplices subject to the full penalty for the completed offence. The section is intended to account for scenarios parallel to the fact situation in *Dunlop and Sylvester v. R.*¹⁹⁶ where two motorcycle gang members delivered beer to a dump site where other gang members were gang raping a woman. The two accused watched the sexual activity for a few minutes and then left. Dickson J. for the majority of the Supreme Court of Canada, held that the accused gang members were not parties to the rape because mere presence is not sufficient to ground culpability under s. 21(1) of the *Criminal Code* unless it is coupled with active encouragement or prior knowledge that the offence would occur. Under the clause proposed above, the gang members would become parties to the rape if reforms to the *Criminal Code* include omissions of a type encompassing the behaviour of the two gang members. It would be inconsistent to hold the gang members liable for the rape merely because they failed to prevent it unless the Code specifically labels this failure reprehensible and deserving of criminal sanction.

As an exception to this principle, if the gang members arrived at the scene of the crime, witnessed the rape and stayed for the purpose of encouraging the rape or knowing that the rape was being encouraged by their presence they may be liable under clauses 1(1)(b) or (2) below.

(b) he or she

- (I) knows that another person intends to commit the crime or intends to do acts that in law will amount to a crime in the circumstances that exist, or if a specified result follows; and
- (II) knows that his or her act is or will be a help to the offender in the commission of the crime;¹⁹⁷ and
- (III) acts for the purpose of assisting the offender carry out his or her criminal intention.

¹⁹⁵ The wording in this subclause was adopted from the American Law Institute's Model Penal Code s. 2.06 (3)(a)(iii), *supra*, note 23.

¹⁹⁶ [1979] 2 SCR 880 at 891.

¹⁹⁷ The words used in cl. 1(1)(b)(ii) and (iii) were adopted from Prof. Glanville Williams language delineating the proper *mens rea* for accomplice liability in his article cited *supra*, note 176 at 103.

Commentary

These subclauses delineate the mens rea requirements for an accomplice who furthers crime other than by counselling another. It, again, maintains the important distinction between counselling and actively helping. The mental element is outlined in detail with regard to the accomplice as an accomplice standing alone and in relation to the conduct and culpability of the principle. Moreover, it, like clause (1)(a)(i) above includes liability for complicity in offences of recklessness or negligence.

1. (2) Assisting. A person is liable for assisting the crime of another person and is subject to half the penalty for it if he or she, acting without purposive intent, but, nevertheless, satisfying the conditions in ss. 1(1)(a) or (b) (as the case may be), knowingly helps, counsels, encourages or otherwise influences the offender to commit the crime.

Commentary

This provision fills in the gap between those accomplices who are as morally culpable as the perpetrator because they acted with purposive intent (and, therefore deserve full punishment) and those acting with knowledge of their assistance but for some other purpose (and, therefore, are still morally culpable but not as culpable as the perpetrator). "Purpose" is used to contract the overly broad ambit of accomplice liability; the "knowing assistance" clause recognizes that some individuals who act with knowledge but without purpose have still engaged in conduct that is highly reprehensible. By making this recognition and imposing a reduced sentence, the provision strikes a compromise between the two concerns.

(3) Different Crime Committed from that Furthered or Assisted.

(a) **General Rule.** No one is liable for furthering or assisting any crime which is different from the crime he or she meant to further or believed he or she was assisting.

(b) **Exception.** Clause 1(3) (a) does not apply where the crime differs only as to the victim's identity or the degree of harm or damage involved.

(c) **Qualification.** A person who agrees with another to commit a crime and who also otherwise furthers it, is liable not only for the crime he or she agrees to commit and intends to further, but also for any crime which he or she knows is a probable consequence of such agreement of furthering.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Clauses 1(3)(a)(b) and (c) are adopted from the Law Reform Commission of Canada's recommendations clauses 4 (6)(a)(b) and (c), *supra*, note 20 at 47.

Commentary

Subclause (b), although worded as an exception, largely codifies the common law requirements as to the appropriate specificity of the intended crime vis a vis the actual crime committed. It must be the same *type* of crime as the one anticipated differing only as to the victim's identity or the *degree* of harm caused. Subclause (c) embodies the common intender provision in s. 21(2) of the *Criminal Code*, but restricts liability to those crimes the accomplice is subjectively aware are probable consequences of the joint illegal enterprise.

(4) If an individual does not completely perform the conduct specified by the crime's definition, the person who furthered or assisted its attempted commission is subject to half the penalty he or she would be subject to had the criminal conduct been completely performed.¹⁹⁹

Commentary

This provision maintains liability for an individual who helps or counsels another to commit an offence even if that person does not commit the offence helped or counselled. It fills the gap in the current law which fails to accord criminal liability to those who aid and abet an offence that, for one reason or another, is never completed by the principal.

Clause 1(4), which is substantially based on the LRCC's "Attempted Furthering" provision does not use the same label in order to distinguish situations where the accomplice's act fails to assist or the accomplice fails to counsel from situations where the principal chooses, of his or her own volition, not to commit the crime. The former situation is more properly labeled an attempt, but it fails to justify the imposition of liability because of the utter lack of both *actus reus* and resulting harm. In other words, an act that fails to help or to counsel, fails to reach the mind of the perpetrator (if there is any), and does not ultimately result in any crime (or harm for that matter) is wholly insufficient to ground criminal liability. To punish on these grounds would be tantamount to punishing for mere bad thoughts.

¹⁹⁹ Clause 1(4) is adopted from the Law Reform Commission of Canada's recommendations clauses 4 (4) "Attempted Furthering", *ibid.* at 46.

The provision does, however, retain the distinction between acts of furtherance or assistance that "result"²⁰⁰ in an offence and those that do not. The lesser penalty for acts that do not lead to crime are justified on the basis that no harm has occurred. Moreover, it also provides an incentive to criminal parties to abandon unlawful intentions before they manifest themselves into punishable and harmful offences.

Conclusion:

The 100th anniversary of Canada's *Criminal Code* has proved a tremendous opportunity to improve a law that has perplexed judges, lawyers, law students and juries since its inception. Unfortunately, the LRCC proposals are inadequate because they fail to fully incorporate many of the issues that would resolve some of the inconsistencies and ambiguities that have perplexed people for so long. The LRCC "furthering" proposals are a marked improvement over the current law in so far as simplicity is concerned. But in this complex area of the criminal law, simplicity is not the appropriate approach especially if it sacrifices coherency and doctrinal accuracy.

Law reform in this area should demonstrate, at the very least, a more comprehensive, consistent and just approach to the *mens rea* for accomplices as accomplices while carefully narrowing the scope of accomplice liability that has been inappropriately broadened by the inapplicability of causation doctrine. To do anything less would be to overlook an important opportunity for reform.

200 Because of the causation problems associated with accomplice law, it is impossible to say whether any act of furtherance or assistance actually results in the crime ultimately committed.

The Criminal Liability of Corporations: A Comment on Section 2(5) of the LRCC's Draft *Criminal Code*

Peter Lawson

Arguably, the law governing corporate criminal liability is amongst the most confused and inconsistent areas within the criminal law. England's Law Commission is not alone in finding the theories which underpin the existing notions of liability to be "strangely uncertain", and the law as whole to be in a "relatively undeveloped state".²⁰¹ At bottom, this confusion can be seen to stem from the difficulties inherent in any attempt to apply to a collectivity a body of law which was in fact designed to be applied to natural persons.²⁰² As Professor Asplund notes, "the criminal law would similarly dysfunction were it applied to dogs or machines."²⁰³

In light of the inconsistent and inadequate state of the current law, the decision of the Law Reform Commission of Canada to include in its draft *Criminal Code*²⁰⁴ a section governing corporate criminal liability is to be welcomed. On the other hand this decision does raise a number of questions. In what follows I will briefly consider what I take to be the most important, these including:

1. Is there any real need for a distinct notion of corporate criminal liability?
2. If so, is the LRCC's formulation of the notion adequate as to its form and substance?
3. Is the LRCC's formulation adequate as to its scope?
4. What are the implications of such a formulation for other areas of the criminal law?
5. What are the implications of such a formulation for the law governing criminal sanctions?

Is a Distinct Principle of Corporate Criminal Liability Necessary?

The debate over the appropriateness of a distinct principle of corporate criminal liability is a long-standing one. Those who oppose such a principle argue that it is impossible to subject the corporation to the underlying goals of the criminal law. They contend, for example, that it makes

²⁰¹ *Supra*, note 24 at 213. According to the American Law Institute, "The modern development [of the law of corporate criminality]... has proceeded largely without reference to any intelligible body of principle and the field is characterized by the absence of articulate analysis of the objectives thought to be attainable by imposing criminal fines on corporate bodies.": Model Penal Code, *supra*, note 23 at 332.

²⁰² C. D. Stone, Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behaviour (New York: Harper, 1975) at 10.

²⁰³ "Corporate Criminality: A Riddle Wrapped in a Mystery Inside an Enigma" (1985) 45 Crim. Rep. (3d) 333 at 338.

²⁰⁴ *Supra*, note 20.

little sense to speak of rehabilitating a corporation.²⁰⁵ Of course these critics admit that in principle the corporation ought to be amenable to the goal of deterrence. However they argue that the standard means of achieving deterrence—punishment by a monetary fine—is inevitably flawed. In particular they argue that fines are necessarily both ineffective and unfair, at least in part because they are almost invariably passed on to innocent stakeholders such as employees and shareholders. The critics thus conclude that the most appropriate way of dealing with corporate crime is under the traditional regime of individual liability.

For their part the supporters of a distinct principle of corporate criminal liability agree that the fine is flawed. Nonetheless they contend that the corporation can still be subjected to the underlying goals of the criminal law, including not only deterrence but also both rehabilitation and retribution. All that is wanted is some imagination in devising appropriate sanctions. In addition, and perhaps more importantly, the supporters argue that the traditional regime of individual liability is simply inadequate as a means of dealing with the realities of corporate criminality.

Doubtlessly, the interim conclusion must be that the arguments favouring a distinct principle of corporate criminal liability are the stronger. The argument that the larger goals of the criminal law are inappropriate in the corporate context is premised on an overly narrow understanding of the precise ways in which these goals might be applied to corporations. It is premised, in particular, on a decidedly unimaginative approach to the issue of corporate sanctions. But perhaps even more importantly, the need for a distinct principle of corporate criminal liability finds clear support in the problems posed by the realities of corporate action. Given the fragmented nature of decision-making within the modern corporation, it requires little imagination to realize that a regime of purely individual liability would prove inadequate as a mechanism for dealing with corporate criminality. As Neil Sargent notes,

Given the elaborate division of management functions within large corporate structures, decisions resulting in illegal corporate behaviour may be made at various levels in the corporate hierarchy, without any one individual being ultimately responsible for the illegal activity. In such circumstances, the decentralization of management and diffusion of responsibilities typical of large corporations may promote illegal corporate behaviour....²⁰⁶

²⁰⁵ Note, "Developments in the Law--Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions" (1979) 92 Harvard Law Review 1227 at 1231, 235-36.

²⁰⁶ N. Sargent, "Law, Ideology and Corporate Crime: A Critique of Instrumentalism" (1989) 4 Can. Jnl. of Law and Soc. 39 at 55-56.

It thus seems clear that if the corporation is to be brought entirely under the purview of the criminal law, the law itself must be properly equipped--and in particular it must be equipped with an adequately designed principle of corporate liability.

Is the LRCC's Formulation of the Principle of Corporate Criminal Liability Adequate as to Its Form and Substance?

A. Case Law

As a means of evaluating the adequacy of the L.R.C.C.'s draft provision governing corporate criminal liability it is useful to begin by considering the existing case law. Here the leading issue has been the construction of a solution to the culpability riddle: in what sense can an entity which has neither a body nor a mind be understood to be culpable? Two solutions are discernable in the case law. On the one hand the English courts have relied on the so-called "identification theory".²⁰⁷ Here the court begins by seeking out an individual wrongdoer. If that individual can be identified as a leading figure within the corporate hierarchy--a "guiding mind" of the corporation--then the court will allow that individual's personal culpability to be imputed to the corporation as a basis for finding the corporation itself criminally liable. The principal drawback of the English approach lies in the restrictive way in which the English courts have defined "guiding mind". Thus in the leading case of Tesco Supermarkets v. Natras²⁰⁸ the House of Lords held that to be designated as a "guiding mind" the employee must be one of the superior officers of the corporation.²⁰⁹

The second solution to the culpability riddle is much more expansive than the Tesco approach, and it can be discerned, in particular, in the decisions of the American federal courts. Put at its simplest, the strategy has been to import a tort-based notion of vicarious liability into the criminal law, thereby holding that corporations are strictly liable for the acts of their agents and officers.²¹⁰ The drawback is that this approach creates a doctrinal inconsistency at the very heart of the criminal law by doing away with the central notion of mens rea. It is perhaps for this reason that the American State Courts have rejected the approach adopted by their federal counterparts, preferring instead an approach which looks very much like the English "identification doctrine".²¹¹

²⁰⁷ For the origins of the theory see Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd. [1915] A.C. 705.

²⁰⁸ [1972] A.C. 153.

²⁰⁹ See in particular ibid. at 171.

²¹⁰ See in particular Egan v. U.S. (1943) 137 F. 2d 369 (8th Ct. C.A.).

²¹¹ See in particular People v. Canadian Fur Trappers Corp. (1928) 248 N.Y. 159 (N.Y.C.A.).

The Canadian courts have sought to chart a middle course between the English approach and that of the federal courts in the U.S. Thus in the leading Supreme Court of Canada case of Canadian Dredge and Dock Co. Ltd. v. the Queen,²¹² Estey J., writing for the court, explicitly rejected any approach grounded in tort-like notions of vicarious liability.²¹³ Instead, he invoked a much more expansive version of the "identification theory" than that adopted by the House of Lords in the Tesco case. For one thing he noted the need for flexibility in applying the English requirement that the act in question must have been committed within "the scope of employment".²¹⁴ But what is more important is the manner in which he defined the notion of "guiding mind". Here he made it clear that multiple "guiding minds" are possible, that they may occupy relatively low positions within the corporate hierarchy, and that they could well be geographically dispersed from the corporate centre.²¹⁵ In short, as Don Hanna notes, a "guiding mind" could be found to reside in a station "as high or as low as is necessary" to address adequately the judicial needs created by the realities of modern corporate organization.²¹⁶ At the same time, however, Justice Estey does impose certain limits. In particular he makes it clear that a corporation can defend itself against the imputation of culpability by showing either that the "guiding mind" was acting wholly in defraud of the corporation, or that he was acting entirely for his own "benefit".²¹⁷

B. Codification Proposals

In addition to the case law, a second vantage point from which to assess the adequacy of the LRCC's proposal can be found in the parallel proposals made by law reform bodies at work in other jurisdictions. The American Law Institute (A.L.I.) and the English Law Commission have each included provisions governing corporate liability in their draft criminal codes, and they both differ from the Canadian provision, not only in substance, but even more obviously in form. On the substantive side they both incorporate fairly restrictive versions of the identification theory, the Law Commission's version relying on the language of the Tesco decision,²¹⁸ and the A.L.I. version relying on the approach adopted by the American courts at the state level.²¹⁹ But what is especially striking about these two provisions is their expansive form. Both proposals are more complex and more detailed than that offered by the LRCC.

212 (1985), 19 C.C.C. (3d) 1.

213 *Ibid.* at 22.

214 *Ibid.* at 17.

215 *Ibid.* at 23.

216 D. Hanna, "Corporate Criminal Liability" (1988-89) 31 C.L.Q. 452 at 466.

217 *Supra*, note 212 at 37-8.

218 *Supra*, note 24 at s. 30(2)(b).

219 *Supra*, note 23 at s.2.07(1)(c).

As has been suggested, the case law and the codification proposals developed in other jurisdictions provide the most obvious benchmarks for assessing the adequacy of the LRCC's corporate criminal liability provision in both its formal and substantive aspects. As to its form there is no denying that the provision is distinguished by its brevity and its simplicity. As such it is suggested that it is a notable improvement over the comparable codification proposals.

Turning to the issue of substantive adequacy, the most useful starting point is the pre-existing case law, and in particular the leading Canadian case of Canadian Dredge and Dock. The LRCC's draft provision would appear to represent an attempt to codify the main elements of the Supreme Court's decision in that case. This being so, two questions arise: 1) Does the provision adequately capture Justice Estey's version of the identification theory? and 2) Does that theory itself provide an adequate approach to the problem of corporate criminal liability? The first question can be answered in the affirmative. Thus s.2(5)(a) provides that liability will be imputed to the corporation where the agent or employee acts with some sort of "authority", where the act in question was committed within the "scope of their authority", and where that act was committed "on its [the corporation's] behalf". Each of the elements of Justice Estey's formulation of the theory is thus brought into play.

The second question, focusing on the broader adequacy of the identification doctrine itself, is perhaps the more difficult. On the one hand the virtues of the theory are obvious. The fiction of the "guiding mind" allows the criminal liability of corporations to be treated as both primary and personal. The integrity of traditional notions of liability, and of the concepts of *actus reus* and *mens rea*, is thus preserved. As such the concerns of older commentators that the principle of corporate criminal liability could only be adopted at the price of doctrinal inconsistency are overcome. It is arguable, however, that the maintenance of doctrinal consistency carries costs of its own, particularly with respect to the issue of functional efficiency. Of course, as has been noted, the Canadian version of the identification theory is the most flexible and expansive version of the theory now current. And these virtues are reflected in the LRCC's draft provision, thus setting it apart from the more restrictive provisions proposed by both the Law Commission and the A.L.I. All this notwithstanding, it is suggested that the identification theory inevitably stands as a barrier to the achievement of real functional efficiency in the prosecution of corporate criminality. As was noted at the outset, the principal reason for adopting a principle of corporate liability must be to allow the law to deal with the realities of corporate action--and in particular with the fragmented nature of decision making within the modern corporation. However, and by its very nature, the identification theory ensures that in at least some cases the law will fail to achieve its goal--it will fail to overcome the barrier inevitably thrown up by the very nature of corporate activity. The reasons for this are fairly obvious. No matter how expansively one defines "guiding mind", the fact remains that no liability can be imposed until one first finds a natural person in whom the

necessary *actus reus* and *mens rea* can combine in the requisite way. And given the fragmented nature of corporate activity, this may not always be possible. As the LRCC itself notes, "[o]ne director might do the *actus reus*, another might have the *mens rea*, but neither might be liable."²²⁰ Indeed despite the claims that the identification theory puts corporations and natural persons on an equal footing before the law, the reality is that it does not. Unlike a natural person a corporation will always enjoy immunity from criminal prosecution until a co-perpetrator can be found with the requisite level of culpability.

To some extent the LRCC has responded to these problems by adding s.2(5)(b), which allows for the imposition of liability in the case of crimes of negligence "notwithstanding that no director, officer or employee may be held individually liable for the same offence." However it is arguable that the more comprehensive--and therefore better--approach is that adopted by the "alternative" provision:

A corporation is liable for conduct committed on its behalf by its directors, officers or employees acting within the scope of their authority and identifiable as persons with authority over the formulation or implementation of corporate policy, notwithstanding that no director, officer or employee may be held individually liable for the same offence.²²¹

Here the main structure of the identification theory is preserved. However the requirement that corporate liability be conditional on individual culpability is jettisoned. Instead the necessary elements of culpability can be derived, in piecemeal fashion, from the actions and intentions of all those who might have participated in the impugned corporate activity. Under the "alternative" provision, the miscreant corporation will therefore not be able to shield itself behind the complexities of the corporate process. And as such, as the LRCC itself acknowledges, "[t]he alternative provision puts the fictitious person constituting the corporation on the same footing as a real person."²²²

Is the LRCC's Formulation Adequate as to Its Scope?

The decision to limit the scope of the LRCC's draft provision to corporations is explicable on several grounds. The identification theory itself has traditionally been confined to corporations, and to the extent that the LRCC has attempted to map that theory in its own provision, the limitation would seem to follow naturally. In addition, the limitation may reflect

²²⁰ *Supra*, note 20 at 27.

²²¹ *Ibid.* at 26.

²²² *Ibid.* at 27.

political considerations. Thus the Department of Justice's Working Group refers explicitly to the "political repercussions of applying criminal liability under this principle to trade unions."²²³ And yet it is arguable that there is no principled reason to draw a distinction between corporations and unincorporated associations for the purposes of criminal liability. As such the extension of the scope of the proposed provision is an issue which deserves consideration, at least in the future. For the present, however, it remains true that the issue has received scant attention, either from the courts or from commentators. This being so, the LRCC's decision to confine the scope of its draft provision to incorporated bodies seems sensible, at least as an interim solution.

What Are the Implications of the LRCC's Provision for Other Areas of the Criminal Law?

The decision to incorporate corporate liability into the *Criminal Code* must raise questions about the way in which individual crimes should be defined, and, more generally, about the sorts of crimes that should be included in the "Special Part". Thus on the one hand attention must be given to the wording of the provisions governing existing crimes so as to ensure that corporations are not, on purely definitional grounds, granted immunity. In addition, and perhaps more importantly, the principle of corporate criminal liability would seem to require that some consideration be given to adding new crimes so as to ensure that the criminal law is properly equipped to respond to the corporation's full potential for doing harm. In this connection a useful starting-point might be the various statutory wrongs which exist outside the *Criminal Code* itself, and which, under the rubric of "social welfare offences" are typically distinguished from "true crimes".²²⁴ It may be suggested that if the proposed corporate liability provision is to provide an effective means of dealing with corporate wrongdoing, then it must be complemented by a hierarchy of crimes which is attuned to the real capabilities of corporations, and this in turn may require the inclusion of offences which at present are confined to the margins of the criminal law.²²⁵

²²³ Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada *supra*, note 18.

²²⁴ See in particular *supra*, note 206 at 53, 58.

²²⁵ One obvious example would be the inclusion in the Criminal Code of a crime of industrial pollution. On this see J. Wilson, "Re-thinking Penalties for Corporate Environmental Offenders" (1986) 31 McGill L. J. 313.

What are the Implications of the LRCC's Provision for the Law Governing Criminal Sanctions?

The last of the issues to be dealt with is far from the least important. Indeed, as Hanna notes, the issue of sanctions is really "the tail that wags the dog of corporate criminal liability."²²⁶ But like the earlier issues the problems involved here are considerable. On the one hand, as has been noted, there is generally little sympathy for the present regime of corporate sanctions--a regime based entirely on fines. At the same time, there is little consensus as to appropriate alternatives. And yet the fact remains that if the proposed provision is to have any practical effect it must be complemented by a scheme of sanctions which is attuned to the real nature of the corporation. This being so, it is suggested that consideration should be given to the work of those commentators who have developed corporate penal options which are not only sensitive to the real nature of the corporation, but which are grounded in the assumption that the corporation can indeed be subjected to the underlying goals of the criminal law. As to particulars, these sanctions might include punitive injunctions, corporate probation, community service orders, adverse publicity orders, compensation payments, and even partial delicensing and outright nationalization. In some cases the value of these sanctions would derive from their deterrent effect. Thus the threat of adverse publicity, delicensing, and outright nationalization would undoubtedly have a salutary effect on the thinking of corporate decision-makers.²²⁷ Other sanctions would derive their value from their rehabilitative effect. For example, both the punitive injunction and corporate probation would require that the corporation correct its own future conduct by taking action against miscreant employees, and by adopting measures to "purify" its decision-making procedures.²²⁸ Still other sanctions would derive their value from their retributive effect. Thus the requirement that the corporation compensate the victim's for its actions, or that it perform some form of community service, would force the corporation to bear the burden of its criminality.²²⁹

²²⁶ *Supra*, note 216 at 468.

²²⁷ See for example, *ibid.* at 478-79.

²²⁸ See for example, B. Fisse, "Reconstructing Corporate Criminal Law:Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions" (1983) 56 So. Calif. L.R. 1141 at 1164-66, 1223-24.

²²⁹ See for example *ibid.* at 1226-29; LRCC., Criminal Responsibility for Group Action (Report 16) (Ottawa, The Commission, 1976) at 47.

Conclusion

The decision by the LRCC to codify the principle of corporate criminal liability is no doubt a brave decision; but more to the point it is arguably the right decision. Debate continues over the wisdom of such a principle. However, if the new Code is to be truly comprehensive, and in particular if corporations are to be brought under the purview of the criminal law, then the inclusion of such a principle is an inescapable necessity.

In addition, it is suggested that the LRCC's decision to look to Canadian case law, and in particular to the Supreme Court of Canada's decision in Canadian Dredge and Dock was entirely sensible. But at the same time it is also suggested that the doctrine of corporate liability outlined by Justice Estey is in need of some modification if it is to offer a practically effective means of dealing with the problem of corporate crime. In particular it is suggested that there be a jettisoning of the requirement that individual culpability be established as a basis for imputing liability to the corporation. The better, more realistic approach, is that embodied in the "alternative" provision.

Of course establishing the proper form and substance of the new provision does not exhaust the issues raised by its proposed inclusion. Consideration will also have to be given to its scope, and in particular to the advisability of extending its reach to include unincorporated associations. In addition it seems clear that any decision to adopt a principle of corporate criminal liability must be complemented by a re-thinking of both the hierarchy of offences outlined in the Code, and of the hierarchy of sanctions available under the criminal law. It makes little sense to open the door to corporate prosecutions without also ensuring that the corporation can be properly and effectively charged and punished. In the end, it seems clear that the decision to codify the principle of corporate criminal liability is not, in itself, a solution to the legal problems posed by corporate crime; it is merely the beginning of a solution.

Sentencing Reform

Douglas Murray

In 1990, the Ministry of Justice put out a Green Paper²³⁰ on sentencing, corrections and conditional release. It found that the current sentencing system in Canada was in dire need of legislative guidance. The codified guidance would give judges a clearer idea of what objectives sentencing is to attain. It would act to reduce the use of incarceration and somehow to increase the use of intermediate sanctions. The stated objectives would carry over into the areas of corrections and conditional release. On their face, these changes would create a more rational, just, understandable sentencing process.

However, the particular objectives and principles which the Ministry's 1990 Green Paper has recommended invite the same kind of arbitrary justice that the Ministry is supposed to be addressing. The Green Paper backs away from the Canadian Sentencing Commission's focus on "just deserts". It instead allows for the same kind of "blending" of various objectives (rehabilitation, deterrence, incapacitation, just deserts and victim restitution) which has made the sentencing process so unpredictable and unjust for so many years. Not only do these traditional objectives often work at cross-purposes (i.e. a young offender without a job may be both a good candidate for rehabilitation as well as a high "risk" offender who should be incapacitated), but a number of them cannot be justified in and of themselves (deterrence and incapacitation in particular).

The objective that this paper will suggest be paramount is one of modified "just deserts". "Just deserts" is essentially the idea that the punishment be in proportion to the particular crime committed. Within the parameters of the sentence which is handed out however, this paper recommends that the secondary objective of rehabilitation be pursued wherever possible. A further modification will be the use of restitution to victims as another secondary objective.

Perhaps most importantly, this paper will reject the often referred-to objectives of general deterrence and incapacitation.

Outline

We will examine each of the traditional objectives of sentencing. This will allow us to see why this paper's choice of aims is the most just and the most congruent with collateral issues.

This paper will then make six recommendations which flow from the choice of the modified "just deserts" objective. Included in this are: factors to be considered in the course of sentencing, creation of a "Sentencing Supervision Board", abolition of the current concept of parole, and revocation of the *Criminal Code*'s "dangerous offender" provisions.

²³⁰ Ministry of Justice and Solicitor General, Directions for Reform - A Framework for Sentencing, Corrections and Conditional Release; hereinafter "Green Paper" which refers to the separate volumes on Sentencing and Corrections and Conditional Release, at 17.

Examination of Traditional Objectives

Rehabilitation

It has been argued that rehabilitation in general is unworkable because even the "experts" (psychologists, psychiatrists, social workers, parole officers) are unable to properly predict future behaviour and/or how to rehabilitate past offenders²³¹. It is then unreasonable to require a judge to make highly individualized offender assessments which may or may not have any rehabilitative effect²³².

The Canadian Sentencing Commission has taken its disenchantment with rehabilitation to the extreme. It has wholly rejected it as being a worthwhile rationale for sentencing.

There are no comprehensive data that support the idea that courts can in general, or with specific identifiable groups, impose sanctions that have a reasonable likelihood of rehabilitating offenders²³³.

However, common sense tells us that sentencing, with all the tools it has at its disposal, must have some influence upon criminals' attitudes. If we are spending the amount of resources that we are upon incarceration and other sanctions, why not make the effort to put offenders in programs that have a chance, however slight, of reforming them, however slightly.

The future criminal conduct of offenders is amenable to influence! Far from supporting an escape to paramount reliance upon "just deserts," the extant literature provides a strong base for a sentencing policy that encourages rather than discourages rehabilitative efforts, and that encourages the expansion of basic knowledge of what works, with whom, under what conditions²³⁴.

Further, if we reject the possibility of rehabilitation altogether and buy into the C.S.C.'s pure "just desert" approach, we are condemning recidivists to a lifetime of punishment. We are saying that they aren't worthy of any effort to help them, but they are worthy of being punished severely each time for their repetitive criminal conduct²³⁵.

²³¹ J. V. Roberts, Empirical Research on Sentencing (Ottawa: Dept. of Justice, 1988) at 11.

²³² T. Gabor, "Looking Back or Moving Forward: Redistributivism and the Canadian Sentencing Commission's Proposals" (1990) 32 Cdn J. of Crim. 537 at 537.

²³³ Canadian Sentencing Commission, Sentencing Reform: A Canadian Approach (Ottawa: Can. Govt. Pub. Centre, 1987) at 8.

²³⁴ D.A. Andrews, "Some Criminological Sources of the Anti-Rehabilitation Bias in the Report of the Canadian Sentencing Commission" (1990) 32 Cdn J. of Crim. 511 at 514.

²³⁵ *Ibid.* at 515.

Currently, many of the intermediate sanctions which are available (i.e. community service, half-way house) are aimed at some kind of rehabilitation. These have been in place for years and have been effective to varying degrees in helping offenders to acquire a sense of responsibility and/or to overcome mental/emotional /addiction problems. These programs must be promoted not only for their rehabilitation potential, but for their ability to imbue the sentencing process with greater flexibility, less dependence upon incarceration.

Deterrence

The idea of using the punishment of offenders to dissuade others in society from committing offences is an idea which has been popular at various times. It cannot be denied that for offences which require greater amounts of premeditation, the harshness of the punishment may indeed provide some deterrent effect. For instance, corporations may well act on a strict profit/loss basis. When they consider performing an act which may attach criminal liability, the punishment which awaits (i.e. size of fine) will be weighed to the dollar against the potential gain. However, this is the extreme case of the rational actor.

The majority of offenders will never assess the down side of an offence in such a cost/benefit way. It would be extremely difficult to assess the material benefits of a robbery against the cost of some time in prison. Even if this were possible on a subjective basis for one offender, no two people will weigh the costs/benefits the same way. How can the judiciary be expected to set sentences aimed at deterring society in general from committing particular offences? The notion of deterrence has limped along without any real evidence as to whether it can or how it can be achieved.

Sentencing, indeed the whole process of arrest, indictment, trial etc.. is a deterrent in itself. Deterrence has always been a valuable byproduct of the criminal process. To go further and instill this as an objective of sentencing though is both an unnecessary and misplaced intention.

Thus, deterrence cannot be used as a primary rationale for setting appropriate sanctions. However, unlike rehabilitation, deterrence cannot be used even as a secondary objective because of its potential for inflating sentences. As will be discussed later, to allow the sentence to become disproportionate to the crime actually committed would be irrational and unfair.

Incapacitation

The notion of incapacitation is based on the belief that dangerous and/or serious offenders who pose a risk to society should be put away for longer periods of time. Yes, society must be protected. The Green Paper considers protection of society to be the overriding objective of sentencing. However, incapacitation does so at too great a cost to the individual's freedom and in too arbitrary a fashion.

Incapacitation assumes that the sentence given is not long enough and that the offender will actually pose a risk to society for a much longer period. But for how long? The prison sentences which would be given under a "just desert" rationale would, as do all punishments involving custody, incapacitate the offender for their duration. Incapacitation advocates want to go beyond this byproduct effect and instill incapacitation as a dominant consideration in sentencing. Suppose that we are able to overlook the problems with the factors used to assess "risk" (these include the prejudice to minority members whose lack of social status becomes an aggravating factor). We must still insist upon some credible basis for deciding upon how much longer a prison sentence must be to satisfy incapacitation.

Yet, as with the other utilitarian objectives - deterrence and to a lesser degree, rehabilitation, the "experts" themselves have little or no way of telling if, when or for how long a risk exists. If prevention of future danger to society is used as a rationale for sentencing, the "payoff" will only be found where the sentence given is considerably longer than otherwise²³⁶. Given the arbitrary nature of the calculation, incapacitation cannot be justified.

More importantly, given that the effectiveness of incapacitation is measured by the amount which it reduces crime, the doctrine is an empirically-determined failure also. A U.S. study has shown that mandatory minimum sentences and "other more punitive strategies" have resulted in virtually negligible reductions in the crime rate²³⁷.

Further, although this paper has stated that the reduction of imprisonment should not be considered in developing a rationale, it should be noted that incapacitation would almost certainly not help to reduce imprisonment.

The difficulty with incapacitation as a crime-control strategy is simple : too many people would have to be imprisoned unnecessarily in order for crime levels to decrease appreciably²³⁸.

²³⁶ A. von Hirsch, "The Politics of "Just Deserts"" (1990) 32 Cdn. J. of Crim. 397 at 408.

²³⁷ *Supra*, note 231 at 10.

²³⁸ *Supra*, note 234.

Just Deserts

According to this notion, the sentence should be proportionate to the "gravity" of the offence and the "degree of responsibility" of the offender²³⁹. Its success or lack of it cannot be measured in any intended effect upon recidivist crime or upon crime rates in general. "Just Desert" advocates believe that sentencing should simply ensure respect for the rule of law, the glue that holds society together. Respect for the law will be watered down where the punishments handed out are perceived as arbitrary and not clearly connected to the behaviour which prompted them.

Critics point out that by focusing exclusively on the offender's conduct, "just desert" ignores the underlying social inequalities that may not only have caused the offence, but that give the offender an unequal footing before the court (i.e. less qualified counsel). Pure "just desert" rationale looks primarily at factors determining the crime's seriousness and gives little if any attention to social factors (i.e. employment, education, age). To do so, it is argued, would invite the courts to use these same factors as indicia of risk and give socially unequal offenders even longer sentences than otherwise.

However, under a system where incapacitation has been removed both as an underlying rationale for sentencing and as part of specific guidelines this need not happen. Judges may take offender characteristics into consideration, but they will have been instructed to not use them as going towards "dangerousness". Instead, the factors will only aggravate or mitigate an offender's "blameworthiness" for the offence committed.

Redress to Victims

Where possible, the Court should require offenders to acknowledge harm done to victims and to account for any reparations made (a mitigating factor)²⁴⁰. There is no good reason why this could not be instituted as a secondary objective, similar to this paper's view of rehabilitation. So long as the redress imposed does not make the sentence any harsher or longer than it would otherwise be, this would add another socially useful dimension to sentencing.

²³⁹ *Ibid.* at 10.

²⁴⁰ I. Waller, "Victims, Safer Communities and Sentencing" (1990) 32 Cdn J. of Crim. 461 at 462.

Recommendations

This paper has established that the "just desert" rationale, tempered with the secondary objectives of rehabilitation and redress to victims, must be used to guide Canada's sentencing process. In order to ensure that these objectives are effectively pursued, in light of the system which is currently in place and in consideration of points suggested by competing proposals, the following recommendations are submitted :

1) Incorporation Into the *Criminal Code* of a legislated "Statement of Purposes and Principles of Sentencing".

2) This Statement would have the following form :

(1) The fundamental purpose of sentencing should be to preserve the authority of and promote respect for the law through the imposition of just sanctions.

(2) In furtherance of the purpose set out above, a court that sentences an offender for an offence shall exercise its discretion within the limitations prescribed by this or any act of parliament, and in accordance with the following principles :

(a) punishment, to be just, must be linked to a criminal offence and must be consistently applied;

(b) a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender;

(c) rehabilitation of the offender, and restitution of property, where they can be advanced within the context of a just punishment for the crime, should be encouraged;

(d) incapacitation of offenders and general deterrence are not to be used as objectives in sentencing;

(e) a term of imprisonment is a last resort and imposed only :

(I) where any other sanction would not sufficiently reflect the gravity of the offence or the repetitive nature of the criminal conduct of an offender;

(II) to penalize an offender for wilful non-compliance with the terms of any other sentence that has been imposed on the offender where no other sanction appears adequate to compel compliance.

3) **Abolition of the current concept of parole.** Parole would simply refer to a period of mandatory out-of-prison supervision which would make up the latter part of a prison sentence. The rationale for parole would be to help re-integrate the offender back into society before their sentence is completed. The current re-integration theme of parole would remain the same; however, gone would be the discretion to release or detain inmates based upon any "risk" assessment. The current ability to later vary a sentence at the parole stage according to the risk of offending again is to say, "Yes we sentenced you according to your bad act, but now that we have, you you're not getting out because we think you're a bad person." This smacks of mid-nineteenth-century thinking.

The exact date on which parole would begin would be decided by the trial judge when sentencing. Sentencing guidelines for particular offences will recommend particular prison/parole ratios (i.e. 70% sentence for sexual assault must be served in prison).

4) **Creation of Sentencing Supervision Board.** This board would take responsibility for the offender from the time sentence is imposed until they are out of the system altogether. Corrections would continue to exercise their current jurisdiction; however this board would have authority to review any decisions regarding the treatment of the offender while in prison.

Perhaps most importantly, the Sentencing Supervision Board would create and update sentencing guidelines to be used by trial judges. The guidelines, created in accordance with the principles enunciated in recommendation #2, would be of a *presumptive* nature. The presumed sanction for many offences will be community-based, while the most serious offences will carry a presumption of incarceration.

5) The factors which may be considered by the trial judge when sentencing would include those which affect the gravity of the offence and those which reflect the blameworthiness (responsibility) of the offender. Also allowable, since the punishment must ultimately be in proportion to the severity of the offence, are offender characteristics which make particular punishments more or less severe to that person. Other factors may be considered by the trial judge so long as they go towards achievement of the paramount objective and principles.

6) **Revocation of the "dangerous offender" provisions in s.752-761 of the *Criminal Code*.** These provisions allow for the offender to be imprisoned for an indeterminate period following an assessment of their potential for future violent conduct. This clearly goes beyond punishing for the severity of the crime committed.

The Supreme Court of Canada in *B. v. Swain*²⁴¹ has found that the indefinite committal of those found to be insane is in violation of s.7 and s.9 of the Charter of Rights. Now, the treatment of the insane accused is to be determined by what they require to overcome this state and to protect the public. The same may soon be found regarding the indefinite incarceration of "dangerous" offenders. This would likely take many dangerous offenders out of the prisons and put them in some new program more closely dealing with their particular problems. The trial judge, with evidence given from specialists in the field, could still be the one to deliver this unique sentence. If incapacitation is still considered to be an objective in these cases, it must be no more than an exception to the overall parameters of "just desert".

²⁴¹ (1991) 63 C.C.C. (3d) 481.

APPENDICE «CODE-3»

(TRADUCTION)

Mémoire au

Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général

à propos du

Projet de Partie générale du Code criminel canadien

de

la Faculté de droit de l'Université de Toronto

Séminaire de droit criminel

sous la direction du

professeur M.L. Friedland, c.r.

mai 1992

Présenté par :

**Sharon Nicklas
Orlando Da Silva**

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

Sommaire

I Les omissions - préparé par Alex Colvin

L'état actuel du droit
L'état du droit dans d'autres pays
Recommandations

II L'élément psychologique - préparé par Alex Kurke

La disposition d'application
Le dessein et la connaissance
La connaissance et l'aveuglement volontaire
La témérité
La règle générale

III L'erreur de fait - préparé par Pamela Snively

L'erreur de fait et l'agression sexuelle
Propositions

IV L'intoxication - préparé par Mary Jackson

Les objectifs de la réforme
L'état actuel du droit
L'intoxication et la responsabilité criminelle
Les propositions de la Commission de réforme du droit

V La défense d'aliénation mentale - préparé par Sharon Nicklas

L'état actuel du droit
Les propositions de réforme au Canada
Les propositions de réforme à l'étranger
Recommandations

VI La nécessité et la contrainte - préparé par Graen Coffin

La différence entre la nécessité et la contrainte
La protection des biens
Le fait de causer la mort ou un préjudice corporel sérieux
Les paramètres de la défense et le problème de l'objectivité
La proportionnalité et l'erreur
La faute préalable et la disponibilité de la défense
La justification ou l'excuse
Un projet de dispositions

VII La provocation - préparé par Scott Bomhof

La théorie subjective
La théorie objective
L'interprétation canadienne de la provocation
Les théories alternatives
Un projet de législation
Commentaires sur le projet de législation

VIII La tentative et le complot - préparé par Brian Grant

La tentative
Le complot

IX Les parties à une infraction - préparé par Orlando V. Da Silva

L'état actuel du droit
Les faiblesses, les propositions, les recommandations
Les propositions de la Commission de réforme du droit
Un projet de législation

X La responsabilité criminelle des compagnies - préparé par Peter Lawson

La nécessité d'un principe distinct de responsabilité criminelle des compagnies
Le caractère suffisant sur le fond et la forme du libellé du principe de responsabilité criminelle des compagnies par la CRDC
Le caractère suffisant de la portée du libellé de la CRDC
Les conséquences de la disposition de la CRDC en ce qui concerne les autres domaines du droit criminel
Les conséquences de la disposition de la CRDC en ce qui concerne le droit qui régit les sanctions criminelles

XI La réforme de la détermination de la peine - préparé par Douglas Murray

Une étude des objectifs traditionnels
La réhabilitation
La dissuasion
La neutralisation
La proportionnalité
La réparation aux victimes
Recommandations

INTRODUCTION

Historique de la codification et des initiatives de réforme du droit criminel

En 1892, le Canada est devenu le premier grand pays de common law à adopter un code complet de droit criminel. La majorité des dispositions du *Code criminel* actuel ont été rédigées à l'origine en 1879, par une commission royale britannique dirigée par James Fitzjames Stephen. Ce projet a été reformulé en tenant compte de plusieurs lois pénales canadiennes, du "Digest of the Criminal Law in England" de Stephen, et du "Digest of the Canadian Criminal Law" de Burbidge, de 1889.¹ Le Code canadien reflétait la philosophie de Stephen en ce qui concerne la codification :

«la réduction du droit actuel à un système écrit organisé».² Le droit fut donc refondu par référence au passé, et n'essaya point de regarder vers l'avenir ou de reformuler le droit criminel selon un but ou des principes.³

Depuis 1892, le Code n'a fait l'objet que d'une seule tentative législative importante de refonte. Cet effort découlait de l'inquiétude sur l'état désordonné et insatisfaisant de notre droit pénal. La tâche fut confiée à une commission royale nommée en 1949. Cependant, le mandat de celle-ci envisageait une reformulation simplifiée du droit actuel, plutôt qu'une réévaluation fondamentale du droit pénal par rapport à des principes de base.⁴ Par conséquent, le produit de son travail, le

¹ Un historique complet de la codification du droit criminel au Canada se trouve dans l'article de A.M. Linden intitulé "Recodifying Criminal Law" (1989), 14 Queen's L.J. 3. Voir aussi D.H. Brown, The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892, Toronto, The Osgoode Society, 1989.

² Sir James Fitzjames Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol. III, Londres, 1883, à la p. 350. Réimpression : New York, Burt Franklin, 1964.

³ A.M. Linden et P. Fitzgerald, "Recodifying Criminal Law" (1987), 66 Rev. Bar. Can. 529, à la p. 530.

⁴ Linden, *supra*, note 1, à la p. 8.

Code criminel de 1955, était très similaire au *Code de 1892* sur le fond, le libellé et la conception.

Depuis 1955, le *Code* a été modifié fréquemment et au besoin, de manière à ce que le droit criminel s'adapte à l'évolution des besoins de la société canadienne. Ces modifications sont éparses dans l'ensemble du *Code*, étant placées aux endroits qui sont considérés appropriés.

Au cours des 25 dernières années, il y a eu plusieurs tentatives de réforme générale du droit criminel. Il semble que la poussée de réforme soit née à la suite de l'accroissement de la conscience nationale qui a suivi l'année du centenaire du Canada, en 1967, et de l'accroissement de la confiance imputée à l'efficacité du droit comme instrument de réforme sociale et comme garantie des droits et des libertés individuels.⁵ Plusieurs initiatives ont visé le droit criminel. En 1969, le rapport du Comité Ouimet a énoncé la nécessité d'une politique cohérente de justice criminelle.⁶ Le rapport recommandait également la création d'un comité ou d'une commission royale pour étudier les principes du droit criminel.

La Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) a été constituée en 1970.⁷ L'un des premiers projets de la Commission a consisté à étudier en profondeur les fondements philosophiques du droit criminel canadien.⁸ Dans son rapport de 1976 au Parlement⁹, la Commission a énoncé une philosophie qui mettait l'accent sur la nécessité de limiter l'utilisation de la sanction criminelle : celle-ci ne devrait être utilisée qu'en dernier ressort et uniquement en ce qui concerne les crimes véritables.¹⁰

⁵ V.M. Del Buono, "Toward a New Criminal Code for Canada" (1986), 28 Crim. L.Q. 370, à la p. 371.

⁶ Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, Justice pénale et correction : un lien à forger, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

⁷ Loi sur la Commission de réforme du droit, L.C (1969-1970), chap. 64.

⁸ CRDC, Programme de recherche, Ottawa, CRDC, 1972, aux pp. 12 à 15.

⁹ CRDC, Notre droit pénal : Rapport no 3, Ottawa, CRDC, 1976.

À la fin des années 70, le rythme de la réforme du droit criminel a suscité une impatience grandissante. Cette impatience a été illustrée par l'accroissement de la participation de la Cour suprême du Canada dans les affaires criminelles¹¹, ainsi que par l'émergence d'un ensemble de commentaires universitaires sur le droit criminel.¹² De plus, le gouvernement a développé de nouveaux plans pour faire progresser la réforme.¹³ Le plan le plus intéressant a été développé en 1979 par le ministre de la Justice de l'époque, le sénateur Jacques Flynn, de concert avec les ministres provinciaux responsables de l'administration de la justice. Un plan de travail détaillé a été conçu - la Révision du droit pénal - et placé sous la direction de la CRDC. En 1987, on prévoyait la création d'un Code des délits, d'un Code de procédure criminelle, d'un Code de la détermination de la peine et d'une nouvelle Loi sur la preuve.¹⁴

La révision a rapidement pris du retard par rapport aux prévisions, à cause de la concentration des énergies sur le débat constitutionnel, au début des années 80, et aussi parce que la CRDC n'était pas prête pour une entreprise aussi importante. Pour

¹⁰ En 1982, le premier énoncé de politique complet du gouvernement fédéral dans le domaine de la justice criminelle reflétait le fond de ce rapport de la CRDC. Voir : Gouvernement du Canada, Le droit pénal dans la société canadienne, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982.

¹¹ Cette participation a commencé par l'arrêt R. v. City of Sault Ste. Marie (1978), 40 C.C.C. (2d) 353. Voir : W.J. Braithwaite, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1978-79 Term" (1980), 1 R.D.C.S. 187.

¹² Qui a commencé par la publication du premier ouvrage canadien sur le droit criminel, A.W. Mewett et M. Manning, Criminal Law, Toronto, Butterworths, 1978.

¹³ Des sections de politique de la justice criminelle ont été constituées au ministère de la Justice et au ministère du Solliciteur général.

¹⁴ *Supra*, note 5, à la p. 375.

rattraper son retard, la CRDC a décidé de refondre ses travaux dans un nouveau Projet de *Code criminel*.¹⁵ Ce Code devait être fondé sur de nombreux documents de travail et rapports compilés par la CRDC sur des sujets précis, en consultation avec des juges, des fonctionnaires publics, des avocats, des chefs de police et des universitaires.

Les objectifs visés par la CRDC consistaient à rédiger un nouveau *Code criminel* complet, simple et systématique. Pour atteindre ces objectifs, les initiatives de réforme se sont concentrées séparément sur la partie spéciale et la partie générale du *Code criminel*. La Partie spéciale contient les dispositions relatives à des infractions particulières. Dans cette partie, on trouve parmi les modifications contemporaines apportées au *Code criminel*, plusieurs infractions archaïques et désuètes comme l'interdiction des duels (article 71), l'offre de récompense et d'immunité (article 143), la publication d'histoires illustrées de crimes (alinéa 163(1)b) et la prétention de pratiquer la magie (article 365). Comme l'a déclaré V.M. Del Buono :

«Se promener dans le Code actuel, c'est contempler les fantômes de tous les maux sociaux qu'on croyait, à certains moments, menacer le fondement même de la société canadienne... C'est un entrepôt de fossiles de conflits sociaux disparus depuis longtemps.»¹⁶

La Partie spéciale du Code qui a été rédigée par la CRDC réduit le nombre de dispositions de fond, de plus de 400 à moins de 200.¹⁷

Un problème plus fondamental et plus difficile à résoudre concerne la Partie générale du *Code criminel*. Une partie générale exerce trois fonctions.¹⁸ Premièrement, elle énonce les règles

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 377.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 370.

¹⁷ *Supra*, note 1, à la p. 13.

¹⁸ Ministère de la Justice, Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada, Ottawa, ministère de la Justice, 1991, à la p. 8.

générales du droit pénal d'une manière ordonnée de façon à éviter les répétitions dans les dispositions qui définissent les infractions. Deuxièmement, elle rationalise le droit pénal en présentant les règles d'une manière logique et systématique. Troisièmement, elle élucide le droit pénal en articulant et en enchâssant les valeurs sociales sur lesquelles il repose.

La Partie générale actuelle a été critiquée pour son caractère illogique et incohérent.¹⁹ Les règles de la Partie générale se trouvent également dans la Partie spéciale, comme par exemple les dispositions relatives aux obligations en matière de protection de la vie (articles 215 à 218). D'autres règles se trouvent dans la common law. Par exemple, notre *Code criminel* ne traite pratiquement pas de la responsabilité criminelle, qui constitue la question centrale, la plus fondamentale, du droit criminel. Seule la common law répond aux questions relatives à la conduite qui rend quelqu'un criminellement responsable, à la portée de la responsabilité pour cause d'omission, et à l'état d'esprit qui est généralement requis pour emporter la responsabilité. Le *Code criminel* ne fait aucune mention des défenses générales comme la nécessité, l'automatisme ou l'intoxication, sinon en indiquant qu'elles peuvent être introduites dans notre droit criminel au moyen du paragraphe 8(3) du *Code*.

La CRDC a rédigé une partie générale qui comble ces lacunes.²⁰ La réaction immédiate des juges, des universitaires et du public à l'égard de ce projet a été très positive.²¹ Le projet est rapidement devenu le point de départ de discussions. D'autres organismes de réforme, comme le ministère de la Justice et le Groupe de travail sur la Partie générale, ont fait des recommandations à l'égard de dispositions particulières de ce

¹⁹ *Supra*, note 3, aux pp. 536 et 537.

²⁰ Le projet de Partie générale et de Partie spéciale se trouve dans : CRDC, Rapport n° 31, Pour une nouvelle codification du droit pénal, Ottawa, CRDC, 1988. Ce rapport a été déposé au Parlement le 19 mai 1988 par le ministre de la Justice, l'Honorable Ray Hnatyshyn.

²¹ *Supra*, note 1, à la p. 21.

nouveau document. Les universitaires ont rédigé des commentaires sur des dispositions qui portent sur leurs spécialités particulières. Le débat devrait, en fin de compte, conduire à l'adoption d'un nouveau *Code criminel* juste, clair, complet, actuel, cohérent, efficace, modéré si possible et énergique si nécessaire, et qui reflète les valeurs fondamentales de la société canadienne contemporaine.²²

Introduction au présent mémoire

Les travaux qui constituent le présent mémoire au Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes se concentrent sur des secteurs clés du projet de Partie générale du *Code criminel*, ainsi que sur la détermination de la peine. Ces secteurs qui ont été identifiés par la publication du ministère de la Justice intitulée Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel, ont été étudiés en profondeur par des étudiants de fin de cycle de la Faculté de droit de l'Université de Toronto, sous la direction du professeur M.L. Friedland. Les recommandations qui se trouvent dans ces articles sont des résumés des travaux originaux et découlent d'une analyse approfondie des propositions des organismes canadiens de réforme du droit et des commentaires universitaires de ces propositions. On y cite également le Model Penal Code de l'American Law Institute²³, le Draft Criminal Code de la Commission de réforme du droit anglaise²⁴ et les recommandations des organismes australiens et néo-zélandais de réforme du droit.

²² *Supra*, note 3, à la p. 545.

²³ The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Philadelphie, The American Law Institute, 1985 (le "Code pénal modèle").

²⁴ The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales, Vol. 2: Commentary on Draft Criminal Code Bill, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1989 (le "Projet de code anglais").

Une étude approfondie de ces articles révélera que chaque auteur a son point de vue personnel sur les principes qui soutiennent le droit criminel, et que ce point de vue se retrouve dans les recommandations qui sont faites à l'égard de chaque sujet. Cependant, tous les auteurs concluent à la nécessité d'un *Code criminel* plus complet, cohérent et actuel. Nous espérons qu'en dépit de la poursuite de la crise constitutionnelle et de l'abolition de la Commission de réforme du droit du Canada, l'impulsion est suffisante pour que le Canada se retrouve à nouveau au premier rang de la codification du droit criminel lors du centième anniversaire du *Code criminel* du Canada.

SOMMAIRE

Les omissions

Le premier article porte sur le rôle des omissions en droit criminel. L'auteur pense qu'il est nécessaire d'ajouter, dans la Partie générale, un énoncé de principe que les omissions n'entraînent aucune responsabilité en l'absence d'une obligation légale de faire quelque chose, et une liste de ces obligations. Il est d'accord avec la liste d'obligations proposée par la CRDC, à l'exception de l'obligation d'assistance à une personne en danger, qui fait l'objet d'une étude détaillée. L'auteur pense que la défense d'impossibilité matérielle - qui est opposable aux infractions d'omission - est répétitive et, peut-être, trop limitée.

L'élément psychologique

L'auteur discute les propositions de la CRDC et indique qu'il pense que celles-ci sont complètes, mais qu'elles sont trop lapidaires et insuffisamment systématiques. Malheureusement, la disposition d'application est inutilement compliquée, même si ses définitions sont pratiques et claires. Le législateur devrait adopter une disposition semblable à l'article 2.02(1) de l'American Law Institute, qui appliquerait les définitions du dessein, de la connaissance, de l'insouciance et de la négligence avec davantage de précision et de portée.

L'auteur propose que, contrairement aux recommandations de la CRDC, le législateur définisse la «connaissance» en utilisant le concept d'«aveuglement volontaire» et qu'il reconnaissse la différence logique et naturelle entre la «connaissance» et le «dessein». Enfin, le législateur devrait adopter la formulation alternative de la «témérité» proposée par la CRDC et modifier la «règle générale» de manière que l'élément psychologique fasse défaut à l'étape de la «témérité» et non pas à celle du «dessein» lorsque la définition de l'infraction ne précise pas la *mens rea* nécessaire.

L'erreur de fait

L'auteur de cet article suggère que le caractère contradictoire et très alambiqué, et parfois l'absence de fondement, des décisions judiciaires indiquent clairement au Parlement qu'il faut codifier une défense d'erreur de fait. Il est d'accord avec les propositions de la CRDC parce que celles-ci sont conformes à l'approche traditionnelle de l'erreur de fait.

Cependant, dans le cas de l'infraction d'agression sexuelle, la théorie de l'erreur de fait devrait être appliquée d'une manière différente pour déterminer l'existence du consentement. Étant donné que la décision du tribunal quant à l'existence du consentement a tendance à être influencée par des points de vue et des stéréotypes sexistes - et qu'elle risque de l'être - même si on utilise un critère d'*«erreur raisonnable»*, cette question litigieuse devrait être traitée comme une question de droit et non pas comme une question de fait. Sous réserve d'une véritable interruption de la communication entre les partenaires sexuels, la défense d'*«erreur de fait»* serait effectivement inutilisable, ce qui empêcherait d'utiliser les normes et les convictions sociales - aussi sexistes soient-elles - de manière à porter atteinte aux droits et à la sécurité des femmes.

L'intoxication

Cet article discute des propositions de la CRDC. L'auteur pense que celles-ci devraient être adoptées parce qu'elles sont plus compatibles que les alternatives avec les objectifs de réforme du droit criminel. Bien que ces dispositions s'éloignent du critère subjectif de la responsabilité criminelle, très peu d'accusés seraient touchés, compte tenu de la rareté du succès de la preuve d'intoxication pour anéantir la *mens rea*. De plus, les dispositions de la CRDC correspondent au point de vue de la société selon lequel les auteurs d'actes préjudiciables qui étaient en état d'intoxication devraient être punis, ainsi qu'à l'intérêt public en ce qui concerne la dissuasion des comportements préjudiciables.

La défense d'aliénation mentale

L'auteur de l'article sur la défense d'aliénation mentale commence par examiner les principes qui sous-tendent la

responsabilité criminelle. On présume que les êtres humains sont rationnels et autonomes et, par conséquent, que la défense d'aliénation mentale devrait exonérer de responsabilité criminelle ceux qui sont incapables de faire des choix rationnels. La discussion qui suit révèle que le droit canadien actuel et les propositions des organismes canadiens de réforme du droit n'exonèrent pas ceux qui sont incapables de faire un choix rationnel, mais seulement ceux qui sont incapables de penser de manière rationnelle. Après avoir analysé les propositions de réforme dans d'autres juridictions, l'auteur propose un projet de loi qui exonère de toute responsabilité criminelle ceux qui sont incapables de penser rationnellement et ceux qui sont incapables de choisir rationnellement. Il propose également d'exonérer partiellement ceux dont la capacité d'effectuer des choix rationnels est réduite significativement à cause d'une maladie mentale.

La nécessité et la contrainte

Traditionnellement, le droit distingue la contrainte et la nécessité. La première s'applique aux menaces de tiers contre la personne. La seconde s'applique aux menaces que les circonstances font peser sur les personnes. L'auteur suggère que cette distinction est évidemment indéfendable, même si la CRDC la soutient, parce que les événements peuvent être tout aussi contraignants que les gens et assujettissent l'auteur de l'infraction au même genre de pressions. Par conséquent, les dispositions d'ordre général devraient comprendre des dispositions sur la «contrainte» et le «choix entre deux maux» qui distingueraient entre les occasions dans lesquelles l'auteur de l'infraction a choisi d'agir dans son propre intérêt au détriment de la société, d'une part, et les occasions dans lesquelles il a donné préséance aux intérêts de la société quel qu'en soit le coût pour lui, d'autre part.

Pour que l'accusé soit capable d'invoquer cette défense, l'auteur propose que celui-ci soit obligé de prouver que le dommage était «objectivement» sérieux et qu'il l'a réellement obligé à réagir comme il l'a fait. De plus, le dommage doit être imminent et

tel qu'il n'existaient aucun moyen raisonnable ou raisonnablement apparent de l'éviter par des moyens légaux. Il serait impossible d'invoquer cette défense si l'on s'est exposé à la possibilité de contrainte d'une manière insouciante ou négligente (lorsque la négligence est un fondement suffisant de l'infraction dont on est accusé). Cette défense ne serait disponible que si les dommages que l'on a évités ou cherché à éviter dépassaient «nettement» les dommages provoqués. De plus, la défense devrait être suffisamment flexible pour que le jury puisse l'appliquer, s'il le souhaitait, lorsque l'accusé a tué ou provoqué des dommages matériels ou un préjudice moral importants.

La provocation

L'auteur examine les deux principales théories de la provocation, c'est-à-dire la théorie subjective et la théorie objective. Il illustre comment les tribunaux canadiens ont choisi essentiellement une théorie objective. Il appuie la codification du critère développé par les tribunaux, plutôt que la poursuite du développement de la défense par la common law. Cependant, il reconnaît que la notion de provocation cadre mal dans les dispositions générales du *Code criminel*. Il serait préférable de codifier la provocation sous la forme d'une défense de procédure qui permettrait aux tribunaux de continuer à se concentrer sur la protection du renom de l'administration de la justice.

La tentative et le complot

L'auteur de cet article pense que le droit relatif aux tentatives devrait être codifié sous la forme énoncée dans l'arrêt Deutsch (C.S.C., 1986), de manière à ce que l'accusé soit obligé de franchir une «étape importante» vers la commission d'un acte criminel; cette étape doit avoir suffisamment de proximité avec l'acte criminel qui a fait l'objet de la tentative. Lors de l'imposition de la sentence à un individu reconnu coupable de tentative, le juge devrait disposer d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour tenir compte de toutes les circonstances et pour imposer, pour la tentative, la peine entière applicable à l'infraction entièrement accomplie. Cette sentence maximale et la

défense d'abandon de l'intention devraient encourager fortement les auteurs à renoncer à leurs desseins criminels à n'importe quelle étape de leur conduite.

En ce qui concerne le complot, l'auteur déclare que les recommandations de la CRDC devraient être adoptées parce qu'elles sont claires et concises, elles codifient la définition reconnue du «complot», elles sont compatibles avec les principes actuels de la common law canadienne et elles ne créent aucune complication nouvelle. La seule recommandation d'ajout concerne une défense d'«abandon d'intention» qui ferait revivre la justification du droit relatif aux complots criminels : empêcher certaines activités avant qu'elles ne causent un préjudice.

Les parties à une infraction

L'auteur de cet article déclare que les dispositions de la CRDC sur l'«instigation» constituent une amélioration importante du droit actuel sous le rapport de la simplicité. Toutefois, en essayant de simplifier les dispositions, la CRDC n'a pas reconnu la difficulté d'appliquer aux complices ses dispositions relatives au *mens rea*, de la manière dont ces dernières sont structurées dans les dispositions d'application. De plus, l'approche du législateur à l'égard de la *mens rea* devrait tenir compte du fait que la portée de la complicité a été élargie d'une manière inappropriée par les difficultés d'application de la théorie de la causalité aux activités des complices. Brièvement, l'auteur pense que le droit ne devrait pas refléter deux niveaux de culpabilité morale, c'est-à-dire la culpabilité entière de ceux qui agissent pour un dessein, d'une part, et la culpabilité moindre de ceux qui n'agissent qu'avec la «connaissance» ou avec une *mens rea* d'un niveau moins élevé, d'autre part.

La responsabilité criminelle des compagnies

L'auteur est d'accord avec la décision de la CRDC de codifier une disposition relative à la responsabilité criminelle des compagnies, sur la base de la décision fondamentale de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Canadian Dredge and Dock Co. Ltd.

c. R., de 1985. Cependant, l'auteur croit qu'il faut abandonner l'obligation de prouver la culpabilité individuelle comme condition d'imputation de la responsabilité à la compagnie. L'auteur discute également la portée d'une telle disposition et de son ajout au droit relatif aux sanctions criminelles, ainsi qu'à d'autres domaines du droit criminel.

La détermination de la peine

Cette soumission comprend un article sur la détermination de la peine. Son auteur examine les objectifs traditionnels de la détermination de la peine et il propose d'utiliser, pour guider le processus canadien de détermination de la peine, le principe de la proportionnalité (selon lequel la peine doit être proportionnelle au crime commis), adouci par les objectifs secondaires de réhabilitation et de réparation aux victimes. Les objectifs de dissuasion générale et de neutralisation sont explicitement rejetés. L'auteur fait plusieurs recommandations en ce qui concerne cette nouvelle approche de la détermination de la peine, et notamment l'abrogation du concept actuel de la mise en liberté conditionnelle, la création d'une «Commission de surveillance de la détermination des peines», l'abrogation des dispositions relatives aux «délinquants dangereux» et l'étude d'une liste de facteurs au cours de la détermination de la peine.

LES OMISSIONS

Alex Colvin

Le traitement que le droit criminel applique aux omissions touche au coeur de nos concepts de moralité et de criminalité. On peut se sentir outré de la disculpation d'un individu qui ne jette pas une corde à une personne qui en train de se noyer, alors qu'il eût été simple de le faire. Pourtant, on peut aussi se sentir outré parce qu'une personne est poursuivie simplement pour avoir eu des pensées fautives qui n'ont pas reçu d'exécution. L'énonciation d'obligations dont l'exécution est assujettie à la menace de sanction criminelle peut faire craindre - légitimement - la réduction des libertés et l'accroissement du totalitarisme.

Le problème général de la place des «omissions» dans le droit criminel peut être subdivisé en une série de questions. La question fondamentale est l'imputation - ou l'absence d'imputation - de responsabilité criminelle aux omissions. Si le législateur décide qu'en règle générale les omissions ne donnent lieu à aucune responsabilité, il doit aussi décider s'il doit permettre quelque exception particulière à cette règle. La création d'une infraction criminelle de refus d'assistance à une personne en danger constitue une exception très significative qui est proposée par certains. Mais si l'on peut être coupable de certaines omissions, il faut également décider si l'on doit permettre des défenses relatives à l'incapacité d'accomplir l'acte obligatoire. Si l'on présume que la différence entre un acte et une omission est significative en droit criminel, il est important de faire la distinction entre les deux.

L'état actuel du droit

Le droit criminel canadien applique actuellement la règle générale selon laquelle les omissions ne constituent pas une forme de comportement coupable. Cette règle n'est pas énoncée dans le *Code criminel*; il s'agit d'une règle de common law qui est profondément enracinée dans le droit criminel anglais.

La règle générale fait l'objet d'un certain nombre d'exceptions particulières qui font que la responsabilité est imposée pour des omissions particulières. Ces exceptions, qui se trouvent à la fois dans la common law et dans le *Code*, peuvent être divisées en trois catégories. La première catégorie est composée des obligations qui découlent des relations de soutien et de protection. Ces obligations sont formulées légalement à l'article 215 du *Code* actuel, sous la rubrique du «Devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence». Une deuxième catégorie d'exceptions est constituée par les obligations qui découlent d'engagements d'accomplir des actes particuliers. Elle a été incluse dans l'article 217 du *Code* actuel. Une troisième catégorie d'exceptions découle de la common law. Elle impose une obligation de faire à la personne qui est la cause de la création d'une situation dangereuse. Même si ces trois catégories constituent peut-être le champ traditionnel de la responsabilité criminelle pour cause d'omission, il existe également un certain nombre d'exceptions qui découlent du refus de coopérer avec les autorités chargées de l'application des lois. Un exemple est l'article 252, qui rend coupable d'une infraction la personne qui n'arrête pas, sur les lieux d'un accident, le véhicule qu'elle conduisait et qui a pris part à cet accident. Il se peut que ces exceptions découlent d'objectifs de nature politique relatifs à la difficulté de mettre en oeuvre les lois.²⁵

Il a été suggéré qu'il existe en common law une défense d'impossibilité, qui est très pertinente pour les crimes d'omission.²⁶ Cette défense peut être invoquée dans le cas d'une obligation de faire quelque chose dont l'exécution est matériellement impossible.

²⁵ E. Colvin, Principles of Criminal Law (1ère éd.), Toronto, Carswell, 1986, à la p. 54; D. Stuart, Canadian Criminal Law: A Treatise (2ème éd.), Toronto, Carswell, 1987, aux p. 77 et 78.

²⁶ *Ibid.*, Colvin, à la p. 205; Stuart, aux p. 427 et 428.

L'état du droit dans d'autres pays

Les autres pays de common law ont conservé la politique traditionnelle de la common law, selon laquelle il n'y a - de manière générale - pas de responsabilité criminelle du fait d'une omission. Le projet de loi néo-zélandais sur les crimes contient des dispositions semblables à celles de la Partie générale du projet de Code de la Commission de réforme du droit du Canada (la CRDC), qui n'imposent la responsabilité du fait d'une omission que si le libellé de l'infraction le précise ou bien si l'omission d'accomplir une obligation de faire quelque chose provoque la mort. Le projet australien de Code criminel énumère les obligations qui donnent lieu à une responsabilité criminelle.²⁷ Cette liste ne semble pas complète, mais elle englobe des obligations semblables à celles que la CRDC a incluses dans son projet de Code. Dans le projet de Code australien, la liste d'obligations figure au début de la partie qui porte sur les «Infractions relatives aux personnes». La liste d'obligations énumère à la fois des situations dans lesquelles il existe une relation particulière avec le bénéficiaire de l'obligation²⁸, et des situations dans lesquelles il existe une obligation de diligence.²⁹ Une caractéristique intéressante du projet australien est que l'article dans lequel se trouve l'énumération d'obligations comprend trois dispositions d'interprétation. La première disposition énonce que la manière dont l'accusation a pris naissance n'a aucune importance en ce qui concerne l'obligation envers les personnes à l'égard desquelles il

²⁷ Law Council of Australia, Draft Criminal Code for the Australian Territories (Parliamentary Paper No 44), Canberra, Commonwealth Government Printing Office, 1969, aux p. 22 et 68 à 70.

²⁸ Y compris une «obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence» aux personnes à charge qui sont incapables de subvenir à leurs propres besoins, et une «obligation envers les enfants à charge».

²⁹ Y compris une «obligation des personnes qui s'engagent dans une conduite dangereuse», une «obligation des gardiens de choses dangereuses» et une «obligation de faire certaines choses», laquelle porte sur le défaut de respecter des engagements.

existe une relation particulière. La seconde disposition énonce que l'auteur d'une contravention à l'une des obligations est réputé avoir causé toutes les conséquences de cette contravention pour la vie ou la santé du bénéficiaire de cette obligation. Troisièmement, la contravention à l'obligation est insuffisante pour donner lieu à un recours civil.

Par contraste, le projet de Code de la commission de réforme britannique ne traite les omissions que d'une manière passagère, mais il semble permettre l'imputation d'une responsabilité criminelle lorsque la définition indique que l'infraction peut être commise par voie d'omission. Le Code pénal modèle de l'American Law Institute (l'ALI) n'impute la responsabilité criminelle pour cause d'omission que si la définition de l'infraction le précise, ou bien si la loi impose autrement une obligation de faire. Le problème des omissions n'est abordé que très brièvement par l'ALI. Le projet ne comporte aucune énumération des obligations de portée générale qui sont imposées par la loi.

Aucun des libellés qui précédent ne diverge d'une manière significative de l'état actuel du droit au Canada. L'État du Vermont est l'une des juridictions de common law qui ont modifié la règle traditionnelle à l'égard des omissions. Dans cet État, c'est une infraction de refuser d'aider ceux qui sont exposés à un préjudice corporel grave.³⁰ Cependant, il semble que jusqu'à présent cette disposition n'ait jamais été invoquée dans la

³⁰ L'art. 519 du titre 12 de Vt. Stat. Ann. (1973) stipule :

a) Quiconque sait qu'un tiers est exposé à un préjudice corporel sévère doit apporter l'aide raisonnable à la personne en danger, à moins que cette aide ou ces soins soient fournis par des tiers, dans la mesure où l'aide ou les soins peuvent être apportés sans danger ni péril pour soi-même ou bien sans porter atteinte aux obligations importantes qui sont dues à autrui ...

c) Quiconque contrevient volontairement à l'alinéa a) du présent article est passible d'une amende d'au plus 100,00 \$.

jurisprudence.³¹ Il se peut que cela soit justifié par le fait que la pénalité en cas d'infraction est limitée à une amende de cent dollars. Le Minnesota, aussi, a adopté une loi qui crée une infraction de non-assistance à une personne en danger si une aide pouvait être apportée sans mettre en danger le sauveteur ou des tiers.³²

Bien que les dispositions légales du Vermont et du Minnesota soient exceptionnelles dans les juridictions de common law, elles ont des équivalents dans la plupart des pays de droit civil. Au cours d'un processus qui a débuté en Russie en 1845, la quasi-totalité des pays européens de droit civil ont ajouté à leurs codes criminels une disposition qui impose une obligation de porter secours. Le fait que le droit civil n'a pas fait habituellement la distinction marquée qui existe en common law entre les actes et les omissions est une explication importante de l'adoption généralisée de ces dispositions dans les pays de droit civil. Par conséquent, on observe dans les pays de droit civil une absence de la réticence corrélative de pénaliser les omissions.

Il faut noter également qu'une obligation de porter secours se trouve à l'article 2 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec :

2. Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.

Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.³³

³¹ Cette disposition aurait pu être utilisée dans l'affaire State v. Valley, 571 A.2d 579 (Vt. 1989), dans laquelle une mère âgée de 18 ans n'a pas obtenu les soins nécessaires pour son enfant. Celle-ci a été déclarée coupable d'homicide involontaire, sur la base de l'obligation de common law d'assistance d'une mère à son enfant.

³² A.D. Woozley, "A Duty to Rescue: Some Thoughts on Criminal Liability" (1983), 69 Va. L. Rev. 1273, à la p. 1274.

³³ Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1975, chap. 50, art. 2.

Le libellé de cet article est très semblable à celui de l'obligation de porter assistance à une personne en danger dans les autres pays de droit civil.³⁴ Toutefois, étant donné que le droit criminel canadien est fondé sur la common law et non pas sur le droit civil, il se peut que cet article n'ait aucun effet sur la responsabilité pénale.³⁵

Recommandations

Les recommandations de réforme tiennent compte des propositions du Projet de Code de la CRDC. Une déclaration de principe devrait être promulguée sous le même libellé que l'alinéa 2(3)b) du Projet de Code, pour énoncer l'absence de responsabilité du fait d'une omission, sous réserve d'une obligation légale de faire quelque chose:

- 2(3)b) Omissions. Nul n'est responsable d'une omission sauf dans les cas suivants :
- i) l'omission en cause est définie comme un crime au présent Code ou par toute autre loi du Parlement du Canada;
 - ii) l'omission en cause consiste dans un manquement à un devoir imposé à l'alinéa c).

L'élaboration d'une liste de devoirs dans la Partie générale du Code est une proposition de la CRDC qui permettrait aux gens de mieux connaître la portée de leurs devoirs. Un énoncé clair et concis des obligations, dans la Partie générale, attirerait l'attention générale et serait accessible. L'inquiétude à l'égard

³⁴ Par exemple, le Code pénal français impose la responsabilité à [Traduction libre] «quiconque ne porte pas volontairement assistance à une personne en danger alors que cela était possible sans risque pour lui-même ou pour des tiers ...»

³⁵ Un argument selon lequel cette disposition a cet effet se trouve dans Stuart, *supra*, note 25, à la p. 82. De plus, la CRDC fait mention d'une affaire québécoise dans laquelle l'art. 2 a été invoqué, alors qu'une déclaration de culpabilité pour cause d'homicide a été fondée sur l'absence de fourniture des nécessités de la vie à un concubin : R. C. Fortier, 17 novembre 1980, Longueuil, Québec 500-01-00501-805 (Cour supérieure). Toutefois, Stuart prétend que ce résultat contrevient à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, étant donné qu'il donnerait lieu à un traitement inégal en application du droit criminel dans diverses parties du pays.

de l'information du public en ce qui concerne le droit criminel est plus importante encore en ce qui concerne les omissions. Dans le cas des actes criminels, on a toujours raison de refuser de participer. Mais dans le cas des omissions criminelles, il faut connaître la conduite à suivre.

La liste de devoirs proposée par la CRDC devrait être adoptée à une exception près. Il s'agit du projet de devoir de ceux qui participent collectivement à une activité dangereuse, qui est le seul devoir nouveau sur la liste et qui n'existe, ni dans le *Code* actuel, ni en common law. D'une manière générale, les situations dans lesquelles ce devoir prendrait naissance tomberaient dans le cadre du devoir de s'acquitter des obligations contractées ou assumées. Si l'on ne peut dire qu'une obligation a été assumée, le nouveau devoir crée effectivement une obligation de porter secours sans qu'aucune relation spéciale ne justifie celle-ci. Si l'on souhaite créer un devoir de porter secours, il faut le faire dans une disposition distincte. Si l'on enlève la disposition relative aux activités collectives dangereuses, la liste de devoirs énoncée dans le Projet de Code devient la suivante :

2(3)c) Devoirs. Chacun a le devoir, lorsqu'une omission à cet égard peut mettre la vie en danger, de prendre des mesures raisonnables pour :

- i) fournir les nécessités de la vie
 - (A) à son conjoint,
 - (B) à ses enfants de moins de 18 ans,
 - (C) aux autres membres de sa famille qui vivent sous son toit,
 - (D) à toute personne à sa charge

si ces personnes sont incapables de se procurer elles-mêmes les nécessités de la vie;
- ii) s'acquitter de toute obligation qu'il a contractée ou assumée;
- iii) remédier aux dangers qu'il a lui-même créés ou auxquels il est en mesure de remédier.

Il faudrait également adopter l'exception relative au traitement médical que propose la CRDC. Celle-ci jouerait un rôle important en protégeant les professionnels de la santé contre la possibilité de responsabilité pénale pour ne pas avoir fourni les nécessités de la vie lorsqu'il est justifiable de cesser un traitement médical :

2(3)d) Exception relative au traitement médical. Nul n'est tenu d'entreprendre ou de poursuivre un traitement médical qui est inutile sur le plan thérapeutique ou à l'égard duquel le patient, de façon expresse et en connaissance de cause, retire ou refuse de donner son consentement.

Dans le chapitre sur les moyens de défense, le Projet de Code énonce une défense d'impossibilité matérielle à l'égard des crimes d'omission. Une défense d'impossibilité n'est effectivement qu'une délégation de l'*actus reus* à l'égard des crimes d'omission. Dans le cas d'un crime d'omission, l'*actus reus* consiste à ne pas faire quelque chose qui aurait pu être fait, bien qu'il y ait eu une obligation légale de le faire. Il n'y a pas d'*actus reus* si l'acte n'aurait pas pu être accompli. Par conséquent, il serait redondant d'ajouter une disposition sur une défense particulière d'impossibilité. De plus, une disposition particulière pourrait être limitative, parce qu'elle pourrait suggérer l'absence de défense d'impossibilité dans les situations où l'acte obligatoire ne pourrait être effectué à cause d'un état psychologique réel, en prévoyant des situations d'impossibilité matérielle. À cause de ces problèmes, la défense d'impossibilité qui est proposée devrait être retirée de l'alinéa 3(1)a) du Projet de Code.³⁶

Des situations difficiles se produisent lorsque l'acte est accompli par l'intermédiaire d'une machine et l'omission consiste à ne pas changer l'état de la machine. Dans l'arrêt Fagan c.

³⁶ Voici le libellé de cet article après la radiation de la défense d'impossibilité :

- 3(1) Conduite échappant à la volonté.
(a) Contrainte physique et automatisme. Nul n'est responsable de sa conduite si celle-ci échappe à sa volonté en raison :
i) d'une contrainte physique exercée par autrui;
ii) de facteurs autres que la perte de son sang-froid ou les troubles mentaux qui auraient un effet semblable sur une personne normale dans les circonstances.

Metropolitan Police Commissioner³⁷, une personne qui avait refusé de déplacer l'automobile qu'elle avait accidentellement arrêtée sur le pied d'un agent de police a été déclarée coupable de voies de fait. Il pourrait être souhaitable d'ajouter dans la Partie générale du Code un énoncé selon lequel une machine conduite par une personne devrait être considérée comme une extension de cette personne pour faire la différence entre les actes et les omissions.

La CRDC a proposé d'inclure dans la Partie spéciale du Projet de Code une infraction de refus d'assistance. Cela romprait nettement avec les pratiques juridiques antérieures du système de la common law. Cela jettterait le doute sur la règle générale selon laquelle les actes peuvent provoquer la responsabilité criminelle, alors que ce n'est généralement pas le cas des omissions. S'il était apporté, un tel changement serait d'une importance suffisante pour qu'il soit ajouté sur la liste de devoirs qui figure dans la Partie générale. Certains critiques de la réticence de la common law à punir les omissions prétendent que cette dernière reflète les idées dépassées et individualistes du laissez-faire libéral. On dit que cet individualisme contrevient à l'éthique contemporaine de responsabilité sociale de l'État-providence. Cependant, cette modification ne devrait pas être apportée. On s'est longtemps inquiété du niveau du contrôle de l'État qui pourrait découler de la criminalisation des omissions. Le fait de ne pas agir de la meilleure manière est une faiblesse humaine généralisée. L'État contemporain dispose d'instruments réglementaires variés pour encourager ses citoyens à agir d'une manière plus responsable. Sa sanction la plus sévère, c'est-à-dire l'imposition de la responsabilité criminelle, devrait, en règle générale, être limitée aux actes anti-sociaux et imposée seulement aux omissions dans le cadre desquelles l'acceptation d'une forme particulière de relation justifie qu'une norme de conduite plus élevée soit imposée au débiteur de l'obligation. En ce qui concerne le refus d'assistance en particulier, la common law s'inquiète depuis longtemps du fait

³⁷ [1969] 1 Q.B. 439; [1968] 3 W.L.R. 1120; 52 Cr. App. R. 700; [1968] 3 All E.R. 442.

qu'il est impossible de connaître l'état d'esprit d'une personne. Dans le cas de la commission d'un acte, il est généralement possible de déduire qu'une décision a été prise quant à sa commission. Aucun état d'esprit de cette nature ne peut être déduit dans le cas d'un refus d'assistance. Il se peut que l'accusé ait été dans un état d'esprit malveillant, ou bien tout simplement qu'il ait pris panique ou manqué de courage dans une situation d'urgence. Il est juste d'encourager les gens à être résolus et à porter assistance en cas d'urgence. Cela ne veut pas dire que le droit criminel devrait être utilisé de façon vengeresse contre ceux dont les faiblesses humaines deviennent apparentes dans de telles situations d'urgence.

Par conséquent, nous proposons que le paragraphe 10(2), c'est-à-dire le projet de disposition sur le refus d'assistance, ne figure pas dans le Projet de Code. Cependant, nous croyons que si les dispositions que nous appuyons ci-dessus sont adoptées par le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, le droit relatif aux omissions sera considérablement clarifié.

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

Alex Kurke

Dans son Rapport n° 31 intitulé Pour une nouvelle codification du droit pénal (le "Rapport n° 31"), la Commission de réforme du droit du Canada (la "CRDC") indique que les quatre objectifs qu'elle vise dans un nouveau Code sont l'exhaustivité, la simplicité, la systématisation et l'énonciation des principes.³⁸ Le résultat réussit à résoudre de nombreuses difficultés soulevées par le Code criminel actuel. Malheureusement, dans de nombreux cas, de nouveaux problèmes sont créés, qui vicent le Projet de Code actuel de la CRDC. Évidemment, l'élément psychologique est une composante fondamentale du produit fini. Cependant, bien que la CRDC ait atteint un certain niveau d'exhaustivité dans ses dispositions relatives à l'élément psychologique, il semble qu'elle ait été fréquemment trop lapidaire et qu'elle ait trop fréquemment sacrifié la simplicité à la systématisation.

La disposition d'application

La CRDC a essayé de remplacer le principe de droit selon lequel l'utilisation de termes qui indiquent la *mens rea* dans une disposition créatrice d'une infraction s'applique à tous les éléments de l'infraction. Cependant, la proposition de la CRDC ne nous fait guère avancer, en ne modifiant ce principe que dans une mesure limitée et au détriment de la simplicité, de l'élegance et de quelque certitude.

À l'alinéa 2(4)a) de son Projet de Code, la CRDC énonce les conditions générales relatives au niveau de culpabilité qui s'appliquent à la définition des infractions particulières. Trois niveaux sont définis : i) les crimes qui exigent la poursuite d'un dessein; ii) les crimes qui exigent la témérité; iii) les crimes qui exigent la négligence. Chaque niveau de culpabilité est à nouveau subdivisé en énonçant les niveaux de culpabilité relatifs à la conduite, aux conséquences et aux circonstances, qui sont par

³⁸ *Supra*, note 20, à la p. 9.

conséquent définis comme les éléments matériels de l'élément psychologique. Les dispositions de l'alinéa 2(4)a) s'appuient sur les définitions du "dessein", de la "témérité" et de la "négligence" qui se trouvent à l'alinéa 2(4)b). Ces définitions sont également libellées en termes de conduite, de conséquences et de circonstances.

Le processus d'interprétation du Code mettrait donc en oeuvre a) une étude d'un acte criminel dans la Partie spéciale et du niveau de culpabilité qu'exige celui-ci; b) un renvoi à l'alinéa 2(4)a) et aux éléments que celui-ci exige à l'égard de la conduite, des conséquences et des circonstances; et c) la consultation des définitions qui figurent à l'alinéa 2(4)b) pour chacun des éléments qui figurent à l'alinéa 2(4)a).

Même une brève étude de ce mécanisme révèle sa lourdeur. Loin de simplifier et de clarifier le droit, l'alinéa 2(4)a) ajoute un problème exégétique entre la définition de l'infraction et l'élément psychologique nécessaire.

Les avantages de la "disposition d'application" de l'alinéa 2(4)a) semblent être la facilité et la clarté de la définition, étant donné que les définitions qui s'opposent au sens commun sont placées plus loin de la définition de l'infraction dont il est question. Ces avantages n'ont-ils aucune contrepartie? Anne Stalker critique certaines particularités et certaines innovations de libellé que la CRDC a apportées dans sa disposition d'application en ce qui concerne les crimes de "dessein", notamment la simple obligation de témérité en ce qui concerne les circonstances dans un acte criminel de dessein.³⁹ Si des définitions aussi complexes pouvaient être évitées, alors on peut croire que le caractère pratique de la définition ne souleverait plus de problème. De plus, la complexité indésirable de la pensée et de l'expression dans ces dispositions d'application ne facilite guère la compréhension du droit criminel par les gens ordinaires.

³⁹ Anne Stalker, "The Fault Element in Recodifying Criminal Law: A Critique" (1989), 14 Queen's L.J. 119, aux pp. 123 et 124.

Existe-t-il des moyens alternatifs, pratiques et clairs, d'énoncer l'élément psychologique? Le plan du Code pénal modèle de l'ALI est supérieur. L'article 2.02 du Code pénal modèle énonce les éléments généraux de la culpabilité. Le paragraphe 2.02(1) énonce :

«Les éléments minimaux de la culpabilité. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2.05, nul n'est coupable d'une infraction à moins d'avoir agi à dessein, sciemment, avec témérité ou de façon négligente, selon la loi, à l'égard de chaque élément matériel de l'infraction.»⁴⁰

Le Code pénal modèle définit ensuite chaque état d'esprit selon ses éléments psychologiques : la conduite, le résultat et les circonstances. Lorsque les éléments d'une infraction exigent des états d'esprit particuliers, ceux-ci sont énoncés directement dans la définition de chaque infraction.

L'utilisation, au Canada, d'un plan semblable à celui du Code pénal modèle permettrait non seulement d'utiliser les niveaux de culpabilité définis dans la *Partie générale* avec beaucoup plus de particularité dans les définitions d'infractions qui figurent dans la *Partie spéciale*, mais aussi de définir et de mettre en oeuvre, si nécessaire, de nouveaux niveaux de culpabilité sans qu'il soit nécessaire de retravailler l'encombrante *disposition d'application*.

Le dessein et la connaissance

Voici le commentaire de la CRDC dans son document de travail n° 29 sur le rôle de la connaissance dans la responsabilité criminelle :

La connaissance ... est la condition nécessaire de la responsabilité pénale. Dans plusieurs cas, cependant, elle n'est pas suffisante. Premièrement, il se peut qu'en vertu de la définition de l'infraction, la perpétration de celle-ci exige de la part de l'accusé un dessein particulier. Deuxièmement, il est possible que l'infraction en question ne puisse être commise que pour un mobile lié à la valeur mise en péril par la perpétration de cette infraction (par exemple, "sans excuse légitime", "frauduleusement", "par corruption", etc.). Troisièmement, bien qu'il ait agi sciemment, un

⁴⁰ *Supra*, note 23.

accusé peut tout de même ne pas être responsable, s'il bénéficie d'un moyen de défense général comme la contrainte morale, la nécessité ou la légitime défense. Il n'en demeure pas moins que dans tous les cas susmentionnés, si la seule connaissance n'entraîne pas la responsabilité de l'accusé, l'absence de connaissance écarte sa culpabilité. La connaissance reste donc une condition *sine qua non* de la responsabilité en cas de crimes.⁴¹

Le Code présenté dans le Rapport 31 est conforme à cette philosophie. La disposition d'application, c'est-à-dire l'alinéa 2(4)a), énonce les conditions psychologiques du dessein, de la témérité et de la négligence, mais non pas de la connaissance. La connaissance est plutôt invoquée pour les crimes de dessein, dans la section 2(4)a)(i)(C). Par conséquent, il est très regrettable que l'alinéa 2(4)b) n'offre aucune définition du terme "sciemment", alors qu'il énonce les définitions des termes "dessein", "témérité" et "négligence". Nous avons déjà dit que la disposition d'application est inutile et trop compliquée. Si elle est abandonnée, une définition de la connaissance devrait être ajoutée parmi les autres définitions. Cependant, même si le plan de la disposition d'application est conservé, il est évident qu'une définition de la connaissance devrait être ajoutée à l'alinéa 2(4)b).

Fréquemment, le dessein et la connaissance sont différents. La CRDC a beaucoup fait pour tenir compte de ces situations dans son plan. On ne peut nier que la CRDC offre des solutions à de nombreux problèmes. Cependant, dans des dispositions aussi fondamentales pour le droit criminel et la réception de celui-ci dans le public, que celles qui portent sur l'élément psychologique, la simplicité devrait être la principale préoccupation lorsqu'elle peut être atteinte.

Pour commencer, étudions la situation dans laquelle un acteur souhaite atteindre un résultat, qui ne peut être atteint sans qu'un autre résultat - non souhaité - soit atteint en même temps. La

⁴¹ CRDC, Droit pénal - Partie générale - Responsabilité et moyens de défense (document de travail 29), Ottawa, Commission de réforme du droit, 1982, à la p. 27.

CRDC a prévu cette situation dans la définition de "dessein" de l'alinéa 2(4)b)(ii), qui précise qu'on présume le dessein à l'égard d'une conséquence si l'auteur réalise une conséquence dont il sait qu'elle entraînera une conséquence désirée. Voici le commentaire de la CRDC sur cette disposition :

Sur le plan des conséquences, le terme "dessein" vise non seulement le résultat recherché par l'accusé, mais aussi le résultat dont l'accusé sait qu'il est la conséquence du but qu'il poursuit ... Par exemple, si A détruit un aéronef en vol, tuant ainsi le pilote V, en vue de toucher le produit d'une police d'assurance sur l'aéronef, A est coupable d'avoir tué V à dessein, même si, de fait, cela n'était pas le but qu'il poursuivait.
⁴²

Bien que cette disposition semble atteindre l'objectif visé, il serait souhaitable de la libeller au moyen de l'adverbe "sciemment" et d'ajouter une définition à l'alinéa 2(4)b). À quoi cela sert-il de confondre les questions en litige et d'induire sémantiquement que l'auteur souhaitait tuer le pilote? S'il suffit que l'auteur sache que le pilote mourrait, pourquoi ne pas le dire tout simplement?

Que doit-il se passer dans une situation comme celle de l'arrêt Steane, alors que le prévenu avait fait des émissions de radio pour le compte de l'ennemi, au cours de la Deuxième Guerre mondiale, pour protéger sa famille contre des mesures de représailles des Allemands tout en sachant - présumément - que les Allemands seraient aidés par ses activités?⁴³ Lors du procès, Steane a été déclaré coupable d'avoir accompli des actes susceptibles d'assister l'ennemi «avec l'intention d'aider l'ennemi», mais la Cour d'appel criminelle a effectivement appliqué la loi comme si celle-ci avait énoncé «dans le but d'aider

⁴² *Supra*, note 20, à la p. 24.

⁴³ *R. v. Steane*, [1947] 1 K.B. 997 (C.App.Cr.). Le sort de Steane pourrait être régi par les dispositions du nouveau Code sur la contrainte, mais il faut noter que celles-ci ne protègent pas ceux qui se sentent contraints d'agir en sachant que leur acte aura une conséquence prohibée, lorsque la contrainte n'a pas le niveau suffisant pour donner lieu à une défense de contrainte.

l'ennemi». De la même manière, dans l'arrêt Morris ⁴⁴, relatif à une déclaration de culpabilité de meurtre, une question de preuve portait sur la complicité après le fait du témoin d'un meurtre, Taylor. Ce dernier avait assisté aux attaques de Morris contre la victime et appelé la police au téléphone. Toutefois, lorsque la police était arrivée, Taylor lui avait dit «elle va bien, elle ne fait que dormir». En fait, la victime était morte. Le paragraphe 23(1) du Code criminel désigne comme complice après le fait celui qui, «sachant qu'une personne a participé à l'infraction, la reçoit, l'aide ou assiste (sic) en vue de lui permettre de s'échapper». Dans un plaidoyer qui faisait songer à celui de l'arrêt Steane, Taylor a prétendu qu'il avait dit cela parce qu'il avait peur de Morris et d'être accusé lui-même de la mort de la victime. Au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, M. le juge Ritchie a été d'avis que ces mots ne visaient pas à permettre à Morris de s'échapper. Par contre, M. le juge Spence, pour la minorité, a été d'avis que les craintes de Taylor n'avaient aucune pertinence. De toute manière, tout comme dans l'arrêt Steane, il semble qu'il existe une différence fondamentale entre le fait de désirer une conséquence et celui de savoir simplement que celle-ci se produira. La législation peut indiquer cette distinction, effectivement ou présumément, si elle indique qu'un autre dessein fait partie d'une activité, au-delà de la simple connaissance du fait qu'une conséquence suivra. Il n'est pas nécessaire simplement "d'attraper" des individus comme Taylor ou Steane, qui peuvent de toute manière invoquer la défense de contrainte, mais plutôt de comprendre - en principe - que la connaissance du fait qu'un résultat suivra pourrait également provoquer la responsabilité. Un auteur qui sait qu'une conséquence prohibée découlera de ses actes devrait probablement être puni, mais il ne faut pas présumer qu'il désire cette conséquence. ⁴⁵

⁴⁴ Morris c. R., [1979] 2 R.C.S. 1041.

⁴⁵ Il s'agit là peut-être d'une critique qui peut viser d'une manière générale le choix, par la CRDC, du terme "dessein" pour dénoter l'intention. Bien que celui-ci n'emporte pas le bagage sémantique (sic) de la controverse sur l'intention générale et l'intention particulière qui se trouve, par exemple, dans l'arrêt R. c. George, [1960] R.C.S. 871, le terme "dessein" peut prêter à confusion s'il est défini de manière à comprendre la simple connaissance.

Certaines infractions sont définies pratiquement par la connaissance de l'accusé. Par exemple, la possession de biens obtenus au moyen d'un acte criminel exige que l'accusé sache que «tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement de la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation». ⁴⁶ La CRDC met l'accent sur l'activité plutôt que sur la nature des biens. Étant donné que la connaissance des circonstances fait partie des infractions de dessein, on peut prétendre que la possession demeure un crime, mais qu'elle est devenue un crime de dessein. Par conséquent, le paragraphe 18(6) du Projet de Code, sur la «possession de choses obtenues par la perpétration d'un crime» énonce :

Commet un crime quiconque a en sa possession un bien ou une chose ou les produits d'un bien ou d'une chose, obtenus par la perpétration d'un crime au Canada ou ailleurs, si l'acte en question constitue un crime au Canada.

Selon le nouveau Code, il s'agirait d'un crime de "dessein" par l'intermédiaire de la règle générale de l'alinéa 2(4)d).

Bien qu'il faille reconnaître que l'approche adoptée par la CRDC fonctionne dans ce cas, on peut se demander s'il ne serait pas préférable de définir la plupart des infractions en terme de connaissance et de conserver la catégorie du "dessein" pour les infractions qui nécessitent un niveau de culpabilité plus élevé que la simple connaissance. La protection d'une distinction entre la connaissance et le dessein clarifierait la réflexion et éviterait de définir bizarrement le dessein comme englobant la connaissance.

De plus, le Code criminel n'est pas le seul instrument criminel dans l'arsenal fédéral. Il existe d'autres lois qui défissent d'autres infractions selon les définitions du Code

⁴⁶ *Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, al. 354(1)a).*

criminel. Par exemple, l'article 2 de la Loi sur les stupéfiants⁴⁷ définit la "possession" - un concept fondamental de cette loi - comme «la possession au sens du Code criminel». Cette définition comporterait-elle maintenant l'inclusion dans la Loi sur les stupéfiants de la totalité des dispositions d'application du nouveau Code, y compris l'inclusion de la connaissance dans le dessein?

Enfin, dans toute la mesure du possible, pour qu'une loi soit efficace, elle doit être libellée au moyen de termes et de concepts familiers et clairs pour ceux qu'elle sert. Nous prétendons que le caractère lapidaire ne peut remplacer la clarté et que les formes indirectes de pensée, comme définir la simple connaissance comme le dessein, peuvent rendre inintelligible aux Canadiens le nouveau Code, qui est destiné à être l'une des lois fédérales les plus importantes.

La connaissance et l'aveuglement volontaire

Le concept d'aveuglement volontaire est intimement lié à celui de la connaissance. Au sens classique, l'aveuglement volontaire se trouve à mi-chemin entre l'intention et la témérité. Alors que la témérité implique une connaissance réelle d'un risque, mais la décision de garder la même conduite malgré tout, l'aveuglement volontaire implique la connaissance du fait qu'il faudrait s'enquérir à propos d'un risque et la décision de continuer sans procéder à cette enquête, pour éviter d'avoir la connaissance. La CRDC n'a pas abordé directement la question de l'aveuglement volontaire.

Fondamentalement, la notion d'aveuglement volontaire sert à transformer la témérité en connaissance réelle.⁴⁸ Voici ce qu'en dit la Commission de réforme du droit britannique :

8.10 "Scièmment" : la connaissance et
l'"aveuglement volontaire" ... Le droit criminel anglais
traite habituellement une personne comme si celle-ci
savait quelque chose, lorsqu'elle a délibérément évité de

⁴⁷ L.R.C (1985), chap. N-1.

⁴⁸ Colvin, *supra*, note 25, à la p. 125.

se servir d'un moyen disponible d'obtenir "une connaissance réelle" alors qu'elle est assez certaine que c'est effectivement le cas. C'est l'état d'esprit qui, à notre avis, doit être rendu en peu de mots. L'alinéa 18a) traite donc une personne comme si celle-ci agissait "sciemment" à l'égard d'une circonstance «non seulement lorsque [l'auteur] sait que celle-ci existe ou existera, mais aussi lorsque [l'auteur] évite de prendre des mesures qui pourraient confirmer sa conviction que cette circonstance [existe ou existera].»⁴⁹

Nous pensons que ce raisonnement est également valable dans le contexte canadien. Une définition de la "connaissance" devrait être ajoutée à la Partie générale du *Code criminel* et définie de manière à englober l'aveuglement volontaire.

La témérité

L'alinéa 2(4)b) de la CRDC offre une alternative à propos de la définition de la témérité :

"Témérité". Une personne fait preuve de témérité à l'égard d'une conséquence ou des circonstances si, en agissant comme elle le fait, elle est consciente que cette conséquence ou ces circonstances se réaliseront probablement.

[Autre possibilité

"Témérité". Une personne fait preuve de témérité à l'égard d'une conséquence ou des circonstances si, en agissant comme elle le fait, elle prend consciemment le risque que cette conséquence ou ces circonstances se réalisent, sachant que dans les circonstances, il est hautement déraisonnable de prendre ce risque.]

La CRDC a préféré la première formulation et noté :

Dans le premier cas, la témérité est conçue en fonction de la conscience des probabilités. Il n'est pas nécessaire que l'accusé recherche les conséquences visées. Il lui suffit de savoir qu'elles sont probables; il doit avoir prévu la probabilité de leur réalisation. De même, il n'est pas essentiel qu'il ait connu les circonstances énumérées dans la définition de l'infraction, la conscience de leur existence probable

⁴⁹ *Supra*, note 24, aux pp. 191 et 192.

étant suffisante. Autrement dit, l'accusé doit avoir eu conscience de la probabilité de leur existence.⁵⁰

Cette formule rend bien l'idée qu'il est question de la probabilité de réalisation d'une conséquence ou d'existence d'une circonstance. Le concept fondamental établit une relation directe entre l'insouciance et la quasi-certitude nécessaire pour la connaissance ou le dessein, et définit la témérité de manière à englober des niveaux moins élevés de certitude de la part de l'auteur.

Cependant, la définition omet un élément fondamental. Il s'agit de l'analyse objective du risque qui fait partie de la conduite. Il ne faut pas concevoir le risque uniquement en terme de connaissance subjective de la probabilité de réalisation d'un événement, mais également comme un calcul supplémentaire et objectif de la justification du risque dans les circonstances. La CRDC donne des exemples du fonctionnement de la définition alternative :

Dans l'autre possibilité, la témérité est définie en fonction de deux facteurs : (1) la prise consciente du risque et (2) le caractère objectivement déraisonnable de la prise du risque dans les circonstances connues de l'accusé. Un risque peut être tout à fait déraisonnable - et la prise de celui-ci constituer une conduite téméraire - même si les chances de sa réalisation sont inférieures à 50 pour cent : par exemple, on tiendra généralement pour téméraire le fait pour A de pointer un pistolet chargé vers V, même si les risques d'un coup de feu sont inférieurs à 50 pour cent. D'un autre côté, la probabilité de réalisation d'une conséquence peut être très élevée sans que cela constitue pour autant de la témérité, si la prise du risque n'est pas déraisonnable dans les circonstances : ne fait pas nécessairement preuve de témérité le médecin qui pratique une opération bien que les chances de survie du patient soient très faibles si, par exemple, le patient y consent pour conserver la vue, l'ouïe ou une autre faculté.⁵¹

Un critère composite, objectif et subjectif, offre davantage de certitude pour évaluer si la conduite est déplorable ou défendable, mais il requiert l'intervention d'un juge des faits pour décider si

⁵⁰ *Supra*, note 20, à la p. 24.

⁵¹ *Ibid.*

le risque était injustifiable. Au Canada, selon la définition alternative de la CRDC, le juge des faits devrait décider si le risque était "hautement déraisonnable".

La jurisprudence contient d'autres sources à l'appui de cette définition. M. le juge associé Martin a défini l'insouciance de la manière suivante :

«Le terme "témérité" dénote ici l'état d'esprit subjectif d'un individu qui prévoit que sa conduite pourrait causer le résultat prohibé mais qui, malgré cela, prend délibérément le risque injustifié de le provoquer.»⁵²

Bien que les énoncés judiciaires ne doivent pas limiter la réforme du droit, la justice et l'exactitude favorisent également la définition reconnue de la témérité. Pour les motifs qui précèdent, la définition alternative de la témérité proposée par la CRDC constitue le meilleur choix pour une nouvelle codification du droit criminel.

La règle générale

L'alinéa 2(4)d) du Projet de Code de la CRDC énonce :

Règle générale. Lorsque la définition d'un crime n'énonce pas de conditions spécifiques quant à l'élément moral, elle est interprétée comme exigeant la poursuite d'un dessein.

La seule note de la CRDC sur cette disposition précise que celle-ci évitera la répétition des éléments de la faute dans les crimes de dessein qui figurent dans la *Partie spéciale* mais, bien entendu, les niveaux de culpabilité doivent toujours être précisés dans les définitions d'infraction par "témérité" et par "négligence".

Dans la mesure où la plupart des définitions qui figurent dans la *Partie spéciale* n'exigent pas explicitement un niveau de culpabilité particulier, on peut en déduire que la CRDC souhaite que la plupart des crimes exigent un dessein, lequel, comme nous l'avons déjà vu, comprend également la connaissance. Mais s'agit-il là du niveau de culpabilité "général" convenable? Pendant notre

⁵² R. v. Buzzanga and Durocher (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A.Ont.), à la p. 379.

étude de cette question, nous devons nous rappeler que la seule différence fonctionnelle qui se trouve actuellement dans la "disposition d'application" de la CRDC entre les crimes de dessein et les crimes de témérité porte sur les conséquences des actes de quelqu'un (voir les sections 2(4)a)(i)(B) et 2(4)a)(ii)(B).

En l'absence d'une indication du niveau de culpabilité, le droit actuel étend la culpabilité jusqu'à la témérité. Voici ce qu'écrit M. le juge associé Martin :

«En l'absence d'une indication de l'élément psychologique dans la définition d'un crime, la *mens rea* générale nécessaire et suffisante pour la plupart des crimes est, ou bien la réalisation intentionnelle, ou bien la réalisation téméraire, des résultats que la loi cherche à prévenir en créant l'infraction [...]»⁵³

Sans doute, l'application de cette règle provoquera la déclaration de culpabilité d'un plus grand nombre de personnes que si un dessein était exigé. Cependant, la réponse à cette inquiétude consisterait à étendre la portée de la règle générale à la témérité, mais à punir cette dernière d'une manière moins sévère que le dessein ou la connaissance. Comme le note Mme Stalker :

«Pour la plupart des infractions, le fait de prendre un risque est, aux yeux de la plupart des Canadiens, aussi coupable que le dessein, et il devrait donner lieu au moins à une déclaration de culpabilité, même si la sentence est moins sévère.»⁵⁴

Une telle règle aurait également l'avantage de rendre nécessaire une énonciation plus explicite des niveaux de culpabilité plus élevés, lorsque ceux-ci sont obligatoires pour une infraction.

Conclusion

Il faut féliciter la CRDC d'être partie du bon pied sur la voie de la recodification, dans son rapport n° 31. Toutefois, ce n'est pas simplement parce que le document est publié sous une forme finie qu'il faut croire qu'il ne donne lieu à aucune controverse. Il reste beaucoup de travail à faire, notamment dans les dispositions fondamentales relatives à l'élément psychologique.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 381. Voir aussi Pappajohn c. R., [1980] 2 R.C.S. 120; M. le juge Dickson, à la p. 146.

⁵⁴ *Supra*, note 39, à la p. 129.

L'ERREUR DE FAIT

Pamela Snively

La défense d'erreur de fait en droit criminel n'a jamais été codifiée et, théoriquement, elle ne devrait jamais avoir besoin de l'être. Une erreur relative à un fait pertinent qui constitue un élément de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation anéantit la *mens rea* relativement à cette infraction. Cependant, il existe une raison contraignante de codifier une défense d'erreur de fait. Il y a beaucoup de confusion devant les tribunaux sur les moyens d'aborder les erreurs, notamment lorsque les actes de l'accusé sont blâmables même selon sa propre version des faits. Cette confusion est plus claire dans le cas des infractions en matière de stupéfiants, où les erreurs de faits sont nombreuses et il existe un large éventail de niveaux dans le caractère blâmable de l'acte. Sans aucun doute, le caractère contradictoire et très alambiqué, et parfois l'absence de fondement, des décisions judiciaires indique clairement au Parlement qu'il est nécessaire de légiférer.⁵⁵

Il est essentiel que nous garantissions que la défense d'erreur de fait demeure cohérente et fondée sur les principes. L'accusé ne peut pas être jugé moralement blâmable pour avoir agi comme il l'a fait, et doit donc être acquitté, si l'acte aurait été innocent selon les faits que l'accusé a cru exister lorsqu'il a agi comme il l'a fait. Ce principe est simple et cohérent avec les principes fondamentaux de la culpabilité qu'on trouve dans l'ensemble de notre système de justice criminelle. Ce principe ne donne pas lieu à controverse non plus, et il est constamment appliqué. Si la définition d'un acte criminel exige l'intention, la connaissance ou la témérité à l'égard d'une circonstance particulière, l'existence d'une conviction honnête - bien qu'erronée - que cette circonstance n'existe pas, a nécessairement pour conséquence qu'il manque un élément pertinent de l'infraction. Comme l'a indiqué l'arrêt *Beaver v. The Queen*⁵⁶, qui a été

⁵⁵ Voir notamment R. v. Kundeus (1975), 24 C.C.C. (2d) 276.

⁵⁶ (1957), 118 C.C.C. 129 (C.S.C.).

clarifié dans l'arrêt Pappajohn⁵⁷, le caractère honnête de la conviction erronée est essentiel, mais le caractère raisonnable de cette conviction n'est pas pertinent à moins qu'il s'agisse d'une infraction de négligence. Lorsque la *mens rea* est mesurée d'une manière subjective, ce qui est maintenant un principe fondamental de notre système de justice criminelle, le caractère objectivement raisonnable d'une conviction semble n'avoir aucun rôle à jouer pour décider le caractère blâmable sur le plan moral.

Un problème se pose lorsque les actes de l'accusé ne sont pas innocents, même dans le cadre des faits auxquels celui-ci a cru. Dans ce cas, il y a une *mens rea*, mais qui ne correspond pas à l'*actus reus* qui a effectivement eu lieu. Autrement dit, l'accusé a tenté de commettre un acte criminel, mais pas celui qui s'est produit effectivement. Pour respecter nos principes en matière de culpabilité criminelle, nous devons reconnaître qu'un accusé ne devrait pas être déclaré coupable d'un acte criminel à l'égard duquel il n'a pas eu la *mens rea* ou l'*actus reus* nécessaire. Le transfert de la *mens rea* d'un crime à un autre - ce qu'ont fait parfois les tribunaux - produit des résultats anormaux. Certains pourraient prétendre qu'un transfert est acceptable lorsque l'acte criminel visé est plus sérieux que le crime commis; mais ce type de mesure n'est pas toujours possible, et il peut être évidemment injuste pour l'accusé lorsque les crimes sont de nature distincte. Il n'y a pas de hiérarchie claire des actes criminels et chacun porte son propre stigmate. De plus, si nous ne voulons pas prendre de décision aussi maladroite que l'arrêt Kundeus⁵⁸ dans lequel le tribunal a effectivement transféré la *mens rea* d'une infraction moins sérieuse à une infraction plus sérieuse, pour déterminer le critère convenable nous serons obligés d'évaluer dans chaque situation le niveau de gravité de chaque *mens rea* nécessaire.

Clairement, il est plus correct en principe et plus pratique d'éviter de toute manière de transférer la *mens rea*. Dans ces situations, nous n'avons plus que l'alternative d'accuser le

⁵⁷ *Supra*, note 53.

⁵⁸ *Supra*, note 55.

prévenu d'avoir tenté de commettre l'acte criminel dont il possédait la *mens rea*.⁵⁹ Alors, le droit régulier des tentatives s'appliquerait de la manière habituelle. Bien entendu, une déclaration de culpabilité complète est de rigueur si le prévenu est accusé d'une infraction incluse dont il avait la *mens rea* nécessaire.

Les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada sont compatibles avec cette analyse, mais elles clarifient la règle d'une manière appropriée. Bien que cette clarification soit qualifiée d'exception par la Commission, elle est effectivement compatible avec les principes qui sous-tendent la défense d'erreur de fait. La clarification énonce qu'une erreur ne constitue pas une défense si elle a été commise par négligence ou par témérité, si la négligence ou la témérité constitue une *mens rea* suffisante pour cet acte criminel. Ainsi, nous nous assurons qu'en protégeant ceux qui sont moralement innocents, nous ne protégeons pas en même temps contre une déclaration de culpabilité ceux qui sont moralement blâmables.

L'erreur de fait et l'agression sexuelle

La défense d'erreur de fait soulève une controverse beaucoup plus grave, qui perturbe les tribunaux et provoque des controverses acharnées chez les universitaires, les politiciens et le public en général. Il s'agit de décider si la défense d'erreur de fait devrait s'appliquer à l'agression sexuelle de la même manière qu'aux autres actes criminels. Selon l'état actuel du droit, une conviction honnête, mais erronée, qu'une femme a consenti à l'acte sexuel libère un prévenu, même si cette conviction est tout à fait déraisonnable. Cette attitude a été clairement énoncée par M. le juge Dickson dans l'arrêt Pappajohn.⁶⁰ Étant donné que

⁵⁹ Cette approche est compatible avec la dissidence du juge en chef Laskin dans l'arrêt Kundeus (*supra*, note 55), ainsi qu'avec les propositions faites à l'alinéa 3(2)a) du Rapport n° 31 de la Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 20.

⁶⁰ *Supra*, note 53.

l'agression sexuelle peut être commise intentionnellement ou bien témérairement (c'est-à-dire en prenant consciemment un risque), il est clair - en principe - qu'une conviction honnête à l'égard de l'existence du consentement doit exonérer de responsabilité, parce que cette conviction ne peut coexister avec une intention de s'engager dans une activité sexuelle sans consentement, ni coexister avec l'évitement conscient de la possibilité d'absence de consentement. De nombreuses personnes pensent que cette défense est trop générale et qu'elle ne protège pas suffisamment les femmes, bien que d'autres pensent qu'une limitation de la défense serait incompatible avec nos principes fondamentaux en matière de culpabilité et permettrait d'emprisonner des individus qui sont moralement innocents. Pourquoi est-ce que de nombreux universitaires qui reconnaissent pleinement le caractère sain du principe subjectif de culpabilité battent soudainement en retraite sur cette question particulière, et semblent virer à 180° et adopter une norme objective de culpabilité? De même, pourquoi un grand nombre de ceux qui souhaitent préserver la défense d'erreur de fait honnête et déraisonnable en cas d'agression sexuelle ne se sentent pas à l'aise en ce qui concerne les conséquences pour les femmes? En fin de compte, il semble que quelque chose se détraque lorsque nous appliquons nos principes fondamentaux de culpabilité à l'agression sexuelle. Cela pourrait être dû, effectivement, au choix de la mauvaise *mens rea* en matière d'agression sexuelle, alors que la *mens rea* correcte serait la négligence. Si la *mens rea* était la négligence, alors une conviction erronée à l'égard du consentement devrait être raisonnable pour provoquer l'exonération. L'argument en faveur de l'adoption d'un critère de négligence en matière d'agression sexuelle est très puissant. Il faut noter qu'il est facile d'éviter une conviction erronée à l'égard du consentement. Contrairement à un sachet de cocaïne, de sucre ou de lait, une femme peut parler. On n'a pas besoin de faire de grands efforts pour vérifier si une femme consent, ce qui permet pourtant d'éviter de bien grands maux. Par conséquent, le défaut de faire cet effort minimum peut être interprété comme étant suffisamment blâmable sur le plan moral pour donner lieu à des sanctions pénales.

«L'argument le plus puissant de ceux qui prétendent que certaines erreurs doivent être fondées sur des motifs raisonnables, est qu'il est parfois téméraire de faire une erreur raisonnable parce qu'on a été inacceptablement imprudent à l'égard du bien-être d'autrui... [L'] argument veut que le fait de faire l'erreur est suffisamment blâmable pour qu'une sanction criminelle soit imposée; au lieu d'annuler la témérité et donc la responsabilité, la commission d'une telle erreur constitue le comportement coupable sur lequel se fondent la témérité et la responsabilité.»⁶¹

Bien que l'adoption d'une norme de négligence en matière d'agression sexuelle empêche une défense d'erreur déraisonnable, cette solution ne va guère au-delà du simple symbolisme en ce qui concerne la protection de l'intégrité ou de l'autonomie corporelle des femmes. Malheureusement, cela est le cas parce que les points de vue sexistes sur la sexualité des femmes dominent toujours. Nous ne pouvons rien faire pour éliminer les "mythes sur le viol"⁶² qui empêchent les femmes d'exercer le contrôle sur le consentement, tant que nous n'avons pas interdit aux convictions sexistes de fournir un moyen de défense à l'agression sexuelle. Le droit actuel est maladroit, mais même un régime qui n'autorise en défense que l'erreur raisonnable, est dangereux parce qu'il valide et perpétue des points de vue sexistes. Il enlève le pouvoir aux femmes, parce qu'il leur enlève la possibilité de contrôler le consentement.

⁶¹ Toni Pickard, "Culpable Mistakes and Rape: Harsh Words on Pappajohn" (1980), 30 U.T.L.J. 415, à la p. 418.

⁶² Les mythes à l'égard du viol sont les convictions sexistes qui sont répandues dans la société à propos de la sexualité des femmes. Par exemple, on peut citer le concept selon lequel les femmes qui disent "non" veulent dire "oui", mais se sentent obligées d'agir timidement ou veulent être dominées; ou selon lequel les femmes qui rentrent à la maison d'un homme à la fin d'une soirée consentent à l'acte sexuel; selon lequel les femmes qui font de l'auto-stop, qui portent des jupes courtes ou qui boivent beaucoup dans les bars consentent - ou méritent - d'être violées; et selon lequel les femmes qui commettent fréquemment des actes sexuels avec des partenaires différents ont alors perdu le droit de dire non à n'importe quel partenaire. La liste est illimitée et très familière à nous toutes.

«[Le] concept juridique de conviction erronée dans le cadre du consentement définit les limites du comportement criminel sans tenir compte de l'intégrité corporelle et du sens de la dignité de la victime, ni de la liberté et de la sécurité de celle-ci. Le consentement ne porte plus sur ce que la femme fait, mais sur ce que l'homme pense.»⁶³

Une réponse à cette observation peut être que le droit pénal ne devrait pas être utilisé pour combattre les idées sexistes sur les femmes et leur sexualité, et que celles-ci devraient se développer par l'éducation et au moyen de programmes sociaux indépendants. De nombreuses personnes craignent de compromettre les principes fondamentaux de la culpabilité pour essayer de corriger un problème aussi difficile à saisir que le sexisme. Ce point de vue pourrait être acceptable si nous ne faisions pas face à la réalité que le droit pénal ne demeure pas neutre dans ce processus de développement social mais, plutôt, qu'il sanctionne les points de vue sexistes.

Le simple changement de la *mens rea* en matière d'agression sexuelle ne résout pas le problème essentiel de l'application de l'erreur de fait à l'agression sexuelle. Pourquoi est-ce que les principes fondamentaux nous font défaut sur cette question particulière? Comment transférer aux femmes le droit de contrôler le consentement et obliger les hommes à respecter ce droit? Une solution plus satisfaisante à ce dilemme semble découler de l'idée que nous avons mal appliqué la défense d'erreur de fait à la question du consentement, dans le domaine des agressions sexuelles.

Le problème fondamental posé par la défense d'erreur de fait contre l'agression sexuelle est que celle-ci assujettit les normes et les droits légaux aux normes et aux convictions sociales. Le droit légal d'une femme de contrôler son corps est compromis par des convictions culturelles qui prennent la forme de mythes sur le viol. Si nous concevions la définition du consentement comme une définition juridique plutôt que sociale, alors une erreur sur ce

⁶³ A la p. 21 du mémoire de l'intervenante Women's Legal Education and Action Fund et al., dans l'affaire Seaboyer v. R. (1991), 66 C.C.C. (3d) 321 (C.S.C.).

qui forme le consentement, fondée sur un mythe en matière de viol, constituerait une erreur de droit et non pas une erreur de fait.⁶⁴ Une erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense contre une conduite criminelle. Ce principe est considéré comme étant tellement important pour la primauté du droit qu'il est codifié à l'article 19 de notre *Code criminel*.

Parfois, la différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit est assez mince, mais elle est essentielle pour la résolution d'une affaire criminelle. Si une erreur est qualifiée d'erreur de fait, elle peut donner lieu à un acquittement; si elle est qualifiée d'erreur de droit, elle ne peut être invoquée en défense, même si elle peut être invoquée lors de la détermination de la peine. Bien que le rejet d'une défense d'erreur de droit puisse donner lieu à la déclaration de culpabilité d'un individu qui est moralement innocent, on reconnaît que faire autrement serait une invitation à l'anarchie. Dans la société, les normes juridiques doivent être suprêmes et les normes sociales doivent les respecter, pour assurer la sécurité à tous, la cohérence et l'uniformité de la justice.⁶⁵ En ne mettant pas tout le poids de la loi derrière la question du consentement, nous avons permis aux normes sociales de dominer, au détriment de la sécurité de la liberté des femmes.

Si nous reconnaissions que les définitions légales doivent être respectées, cela ne voudrait pas dire qu'une conviction erronée à l'égard du consentement ne pourrait jamais constituer un moyen de défense à une accusation d'agression sexuelle. Cela voudrait simplement dire que la loi n'autoriserait pas en défense certaines catégories d'erreur, c'est-à-dire celles qui sont fondées sur les mythes relatifs au viol. La loi ferait respecter l'intégrité corporelle des femmes ainsi que le droit de celles-ci

⁶⁴ Lucinda Vandervort propose cette classification de la conviction erronée dans la défense de consentement, dans son article intitulé "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 C.J.W.L. 233.

⁶⁵ Il faut noter qu'il serait toujours possible de distinguer, au moment de la détermination de la peine, entre l'agression sexuelle entièrement intentionnelle et celle qui découle de l'ignorance du droit relativement au consentement.

de dire non. Les erreurs qui découlent d'une rupture honnête de la communication ainsi que d'une erreur à propos des circonstances de l'acte sexuel, et non pas de conclusions tirées à propos de la nature du consentement et de la sexualité des femmes, permettraient une défense d'erreur de fait.

Un accusé serait effectivement empêché de plaider l'erreur de droit lorsque lui-même et la victime n'étaient pas d'accord à propos de l'existence du consentement, mais étaient effectivement d'accord sur les faits de l'instance (c'est-à-dire : ils se sont rencontrés dans un bar; elle buvait; elle flirtait; elle a accepté qu'il la raccompagne chez elle; elle a accepté de s'arrêter chez lui pour prendre un verre parce que c'était sur le chemin; elle a commencé à participer à une activité sexuelle légère; elle s'est objectée et a dit "non" quand il a essayé de lui retirer sa culotte; elle a répété son refus et essayé de se détacher de lui, mais n'est pas devenue hystérique et ne s'est pas débattue physiquement). La conclusion tirée par l'accusé qu'il y a eu consentement parce que la victime ne s'est pas débattue doit être considérée comme une conclusion de droit erronée. La loi doit soutenir le droit d'une femme de dire "non" - ce qui veut dire "non" - sans qu'elle soit obligée de se battre et de devenir hystérique, et donc de risquer des blessures ou la mort, avant qu'un homme comprenne que "non" veut dire qu'il n'y a pas de consentement. Il se peut qu'effectivement les hommes et les femmes parlent des langages différents lorsqu'il s'agit des rencontres sexuelles. Si la loi n'oblige pas les hommes à apprendre à écouter les femmes, alors la notion de consentement n'a aucun sens et les femmes sont vulnérables et ne sont pas protégées par la loi.

Dans le scénario qui précède, le prévenu pensait qu'il avait légalement le droit de se livrer à une activité sexuelle avec la victime, à cause des actes non pertinents qui ont donné lieu à l'incident et parce que celle-ci ne l'a pas repoussé par la force. Il s'agit-là d'une conclusion juridique. Il a bien interprété les faits, mais il semble ne pas avoir compris la loi. Si nous intentons avec succès des poursuites qui mettent en cause l'ignorance du droit en matière de consentement, le nombre de cas semblables devrait diminuer parce que, graduellement, les normes

sociales en matière de consentement rattraperont les normes juridiques et les mythes relatifs au viol n'auront plus de conséquence sur l'activité sexuelle.

À cause de la mauvaise classification actuelle des convictions erronées en matière de consentement sous la rubrique des erreurs de fait, les mythes à l'égard du viol font partie intégrante d'une défense en matière d'agression sexuelle. Lorsque nous ne mettons pas en oeuvre les définitions juridiques, les définitions sociales prennent leur place. Parce que nous n'avions pas compris que ces erreurs concernent le droit relatif au consentement, nous avons essayé de corriger les injustices qui découlent de notre erreur de classification au moyen d'autres formes de législation protectrice. Il en découle que la permission d'utiliser une défense de conviction erronée en matière de consentement est intimement liée à la question litigieuse, actuellement, du droit relatif au "bouclier contre le viol" (les articles 276 et 277 du *Code criminel*). Ceux-ci ont été adoptés parce qu'il a été reconnu qu'en leur absence, les femmes seraient assujetties à un contre-interrogatoire sexiste et dommageable, et que des preuves visant à obtenir un acquittement au moyen de l'invocation de mythes sur le viol seraient introduites. Évidemment, le Parlement a reconnu que de telles preuves n'ont pas leur place dans un système criminel qui vise à protéger l'autonomie.

Cependant, dans la décision récente Seaboyer, la Cour suprême du Canada a décidé qu'une partie des preuves interdites par le droit relatif au bouclier contre le viol peut être pertinente pour assurer la défense d'un prévenu, et la Cour a donc déclaré invalides ces dispositions protectrices, parce qu'elles privent le prévenu des droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. Il est gênant de constater que la Cour suprême du Canada a raison. Dans l'état actuel du droit, tant que la conviction erronée à l'égard du consentement restera qualifiée comme une erreur de fait, ces facteurs resteront pertinents parce que l'emphase restera placée sur l'état d'esprit du prévenu, sur les convictions du prévenu à l'égard de la sexualité des femmes, et non pas sur l'existence du consentement. Par conséquent, des points de vue sexistes et quelquefois violemment dangereux, sur la sexualité

des femmes et le droit des femmes d'accéder à l'activité sexuelle, sont répandus et donc pertinents. Le problème de la violence sexuelle contre les femmes se perpétue et se renforce parce que le droit considère ces points de vue comme pertinents.

Si le droit relatif au consentement est énoncé clairement, les mythes sociaux sur ce qui constitue le consentement n'ont plus de place dans une cour de justice et un grand nombre de ces autres questions litigieuses disparaîtront, faute de pertinence. Heureusement, le nouveau projet de loi sur l'agression sexuelle, le projet de loi C-49, met l'accent sur le consentement. Le projet de loi a été déposé pour combler le vide laissé par l'annulation des dispositions relatives au bouclier contre le viol. Cependant, ce projet de loi va plus loin. Il définit d'une manière plus claire qu'auparavant ce qui constitue - ou plus précisément ce qui ne constitue pas - le consentement. L'aspect de la législation qui s'avérera probablement le plus controversé est que celle-ci semble imposer à un homme (ou à n'importe quel auteur d'un acte sexuel) l'obligation active de «prendre toutes les mesures raisonnables, dans les circonstances connues alors par le prévenu, pour s'assurer que le plaignant consentait.» Cette approche correspond à un droit relatif aux agressions sexuelles qui met l'accent sur la capacité de consentement d'une femme. Elle n'essaie pas de juger le caractère raisonnable des convictions de l'homme, mais plutôt le respect que celui-ci a manifesté à l'égard du droit de celle-ci de donner ou de retirer son consentement. Elle oblige nécessairement les hommes à mettre l'accent sur cet aspect du consentement et à reconnaître qu'en l'état du droit, les attouchements sexuels constituent des voies de fait à moins que la personne touchée y consente. Le droit n'indique pas que cet acte ne constitue pas une agression tant que la personne qui est touchée ne s'y est pas objecté ou ne s'est pas débattue.

En énonçant, dans le projet d'article 273.1, une liste de circonstances dans lesquelles l'absence de consentement est présumée, la nouvelle loi tente de créer des règles plus concrètes qui peuvent être considérées comme un énoncé du droit relatif au consentement. L'alinéa 273.1(2)d) indique clairement qu'il n'y a aucun consentement lorsque «la plaignante

exprime, verbalement ou par sa conduite, l'absence d'agrément à s'engager dans cette activité». Dans la situation hypothétique qui a été décrite ci-dessus, dans laquelle la femme a dit «non», mais sans se débattre ni devenir hystérique, il y a clairement, légalement, absence de consentement. Il ne devrait pas être difficile de comprendre que, sous le régime de cette loi, le prévenu devrait être empêché de prétendre qu'il a commis une erreur de fait, alors qu'il a cru qu'une conduite que la loi qualifiait expressément comme étant contraire au consentement, était une forme de consentement. Cette loi nous aide à reconnaître qu'une telle erreur est fondée sur l'ignorance du droit relatif au consentement.

Nous avons souligné, au début de cet article, qu'il est nécessaire de codifier la défense d'erreur de fait parce que celle-ci s'est révélée, pour les tribunaux, être un domaine confus et difficile du droit. Le même raisonnement s'applique à la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit en ce qui concerne l'agression sexuelle. Il serait irresponsable de ne pas clarifier la question. Il serait sage de l'ajouter aux nouvelles dispositions sur l'erreur de fait, étant donné qu'elle n'est pas énoncée clairement dans la législation, actuelle ou projetée, sur l'agression sexuelle. Le projet de disposition nouvelle sera libellé de la même manière que le projet de la Commission de réforme du droit du Canada avec, en plus, l'addendum suivant :

c) En matière d'agression sexuelle, une conviction erronée à l'égard du consentement qui découle d'une conviction erronée à l'égard de ce qui constitue le consentement est une erreur de droit et non pas une erreur de fait. “

La défense d'erreur de fait est saine en principe, et elle a certainement un rôle à jouer dans notre système de justice criminelle. Cependant, elle peut être appliquée d'une manière incorrecte, et elle l'a déjà été. Dans l'affaire Beaver, le prévenu avait fait une erreur de fait lorsqu'il avait confondu la

“ Voir, ci-dessous, l'énoncé complet des propositions faites dans le présent article.

diacétylmorphine avec du sucre de lait. Dans l'arrêt Morgan⁶⁷, le prévenu avait fait une erreur quant à l'état du droit relatif au consentement, lorsqu'il avait décidé qu'une personne peut consentir au nom d'une autre. Cette distinction est très importante et, lorsqu'elle est faite correctement, elle donne lieu à un droit relatif aux agressions sexuelles qui est infiniment plus juste. Ce qui est peut-être encore plus important, le respect pour le système de justice criminelle tout entier est accru lorsque la distinction est claire et que les principes fondamentaux de la culpabilité sont appliqués de la même manière, ce qui donne des résultats constamment justes.

Les propositions faites dans le présent article

L'ERREUR DE FAIT

- a) Nul n'est responsable d'un crime commis par absence de connaissance, en raison d'une erreur ou de l'ignorance à l'égard des circonstances. Toutefois, si d'après son interprétation des faits, la personne croyait commettre un crime inclus ou un crime autre que celui qui lui est imputé, elle est responsable d'avoir commis ce crime inclus ou d'avoir tenté de commettre cet autre crime.
- b) Exception : témérité et négligence. Cette disposition ne s'applique pas dans le cas d'une crime pouvant être commis par témérité ou par négligence, lorsque l'absence de la connaissance est imputable à la témérité ou la négligence de la personne.⁶⁸
- c) En matière d'agression sexuelle, une conviction erronée à l'égard du consentement qui découle d'une conviction erronée à l'égard de ce qui constitue le consentement est une erreur de droit et non pas une erreur de fait.

⁶⁷ Director of Public Prosecutions v. Morgan [1975], 2 All E.R. 347.

⁶⁸ Les alinéas a) et b) reproduisent exactement le libellé des recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada.

L' INTOXICATION

Mary Jackson

Les objectifs de la réforme

La réforme du droit criminel devrait être guidée par plusieurs principes : 1) le droit criminel devrait refléter les valeurs et les convictions de la société en ce qui concerne la responsabilité criminelle; 2) le droit devrait être logiquement conforme à ses principes sous-jacents; 3) enfin, le droit criminel devrait être conçu de manière à dissuader les comportements dommageables. La réforme du droit relatif à l'intoxication devrait suivre les mêmes principes.

Premièrement, la plupart des Canadiens pensent que les individus devraient être libres de consommer les substances toxiques qui sont légalement disponibles. La consommation de ces substances fait partie de la culture canadienne. Bien que la société tolère leur emploi, cette tolérance ne s'étend pas aux individus intoxiqués qui commettent des actes dommageables. La plupart des gens croient fortement que ces individus devraient être assujettis à une punition de nature criminelle. Il faut noter qu'en dépit du fait que l'auteur n'a pu trouver aucune étude publiée sur les attitudes canadiennes en matière d'intoxication et de responsabilité criminelle, la plupart des discussions sur la réforme du droit dans ce domaine semblent se fonder sur la présomption que les Canadiens s'opposent à toute défense à la commission d'une infraction criminelle qui s'appuie sur la preuve d'une intoxication volontaire. Par conséquent, pour les fins de la présente analyse de politiques, nous présumons que les Canadiens s'opposent à ce qu'on permette d'opposer au fait d'avoir commis une infraction criminelle, une défense qui se fonde sur la preuve d'une intoxication volontaire. À de nombreux égards, donc, le fait de s'intoxiquer jusqu'à ce qu'on cause des dommages, consciemment ou inconsciemment, est considéré comme moralement blâmable. Une nouvelle loi sur l'intoxication volontaire devrait refléter ce point de vue.

Deuxièmement, le droit canadien possède deux principes sous-jacents importants. En premier lieu, il ne devrait pas y avoir de

responsabilité criminelle en l'absence d'une intention et, en deuxième lieu, il faudrait utiliser une norme subjective pour décider si un prévenu avait l'intention nécessaire. L'état actuel du droit relatif à la preuve d'intoxication volontaire a été critiqué parce qu'il contredit ces principes.

Enfin, il va sans dire que le droit criminel peut jouer un rôle dissuasif important sur les comportements indésirables. Dans toute la mesure du possible, le droit criminel devrait identifier les comportements indésirables et répondre à ceux-ci.

L'état actuel du droit

Il n'y a pas de défense d'intoxication en common law, ni dans le Code criminel. Il n'y a véritablement de défense que «lorsqu'il est prouvé que le prévenu avait la *mens rea* et qu'il a commis l'*actus reus* d'une infraction, mais qu'il prétend qu'à cause d'un autre facteur, il dispose d'une défense qu'il lui a donné le droit d'être acquitté». ⁶⁹ La preuve d'intoxication, directe ou au moyen d'une autre preuve, peut seulement jeter un doute sur l'existence de la *mens rea* ou de l'*actus reus* nécessaire à une infraction. Pour décider la pertinence de la preuve d'intoxication volontaire, le droit actuel divise les infractions criminelles en infractions d'intention spécifique et en infractions d'intention générale. La preuve d'intoxication volontaire d'un degré moindre que celui qui est nécessaire pour placer une personne dans un état semblable à l'automatisme ou l'aliénation mentale, est considérée comme étant impertinente pour décider l'existence de la *mens rea* des infractions d'intention générale. Au contraire, la preuve d'intoxication est pertinente pour établir la *mens rea* dans le cas des infractions d'intention spécifique.

L'état actuel du droit soulève trois problèmes importants. Premièrement, la distinction entre les infractions d'intention générale et d'intention spécifique est obscure et difficile à

⁶⁹ A.W. Mewett et M. Manning, Criminal Law, Toronto, Butterworths & Co. Canada Ltd, 1985, à la p. 194.

appliquer. Deuxièmement, l'exclusion de la preuve d'intoxication volontaire provoque une distanciation par rapport à l'approche subjective de la *mens rea*. Troisièmement, il y a injustice dans la disparité du traitement d'un prévenu qui se trouve dans un état voisin de l'automatisme, par rapport au traitement d'un prévenu dont les facultés sont affaiblies à un moindre degré.

L'intoxication et la responsabilité criminelle

Pour prendre une décision relative aux politiques, il est important de comprendre la relation entre l'intoxication, la commission d'un acte criminel et la responsabilité criminelle. Cette compréhension peut découler de l'étude du droit de pays dont les lois diffèrent en ce qui concerne la preuve d'intoxication volontaire, ainsi que de ce que révèlent diverses disciplines qui étudient les effets de l'intoxication sur le comportement. Il est également utile de spéculer sur les effets possibles d'une politique particulière.

(i) L'expérience de l'étranger

Le droit australien considère que la preuve de l'intoxication est pertinente pour prouver si un prévenu possédait la *mens rea* nécessaire pour commettre une infraction. Les études sur l'effet de cette politique indiquent la rareté de l'utilité de la preuve d'intoxication pour anéantir la *mens rea* d'une infraction. Il n'y a eu que très peu d'acquittements et, dans ces cas, le degré d'intoxication était extrême.⁷⁰ Dans une étude de M. le juge G. Smith⁷¹ fondée sur un échantillonnage de 510 procès, on a conclu que la défense d'intoxication n'avait été invoquée que dans onze cas dans lesquels elle était impossible auparavant. De ces onze cas, trois seulement ont donné lieu à des acquittements. Un seul acquittement pouvait être attribué à une preuve d'intoxication.

⁷⁰ Commission de réforme du droit de Victoria, Criminal Responsibility: Intention and Gross Intoxication, novembre 1986.

⁷¹ «Footnote to O'Connor's Case» (1981), 5 Crim.L.J. 270.

Dans certains pays qui ont adopté des politiques qui autorisent la preuve d'intoxication pour toutes les infractions, les initiatives de réforme du droit se sont concentrées sur la limitation de la pertinence de la preuve d'intoxication. Cela indique probablement que l'attitude du public dans ces pays favorise un système juridique qui n'autorise pas de défense fondée sur la preuve d'intoxication. Il est intéressant de noter qu'en dépit du fait que la politique australienne n'a donné lieu qu'à un petit nombre d'acquittements, le Projet de Code du Commonwealth rédigé par le Comité de révision proposait de retourner au système anglais de qualification des infractions de manière à définir la pertinence de la preuve d'intoxication.⁷² La Commission de réforme du droit de l'Afrique du Sud a recommandé la création d'une infraction d'intoxication criminelle. Cette recommandation a suivi le rejet, par les tribunaux, de la distinction entre l'intention spécifique et l'intention générale.⁷³

(ii) La relation entre l'intoxication et le crime

Beaucoup de recherches ont été effectuées sur la relation entre l'utilisation de substances toxicantes et la criminalité. Il est souvent présumé que l'utilisation de substances toxicantes illégales provoque un comportement criminel. Cela est probablement dû au fait que la représentation du crime par les médias se concentre sur la relation entre la criminalité et l'utilisation illicite de stupéfiants.⁷⁴ Il n'existe pas de preuve indubitable à l'appui de cette hypothèse.⁷⁵

⁷² I. Leader-Elliott, «Voluntariness, Intoxication and Fault» (1991), 15 Crim.L.J. 112, à la p. 112.

⁷³ Commission de réforme du droit de l'Afrique du Sud, Offences Committed under the Influence of Liquor or Drugs, janvier 1986.

⁷⁴ Anton R.F. Schweighofer, «The Canadian Temperance Movement: Contemporary Parallels» (1988), 3 Canadian Journal of Law and Society 175, à la p. 178.

⁷⁵ P. Bucknell & H. Ghodse, The Criminal Law Library - No.2: Misuse of Drugs, London, Waterlow Publishers Limited, 1986; à la p. 29. Au Canada, la Commission LeDain a rapporté qu'il y

De nombreuses personnes commettent des infractions alors qu'elles sont intoxiquées par des substances légales, comme l'alcool, ou bien par des substances illégales. Il existe quelque preuve d'une relation entre la violence et l'alcool.⁷⁶ Les études ont également prouvé que les victimes de la violence sont fréquemment sous l'influence de substances toxicantes.⁷⁷ Bien qu'il puisse exister une corrélation entre la violence et l'utilisation de l'alcool, de nombreux spécialistes des sciences sociales hésitent à conclure que l'utilisation de l'alcool provoque la violence.

Les substances toxicantes affectent les individus de manières différentes. Certaines substances sont déprimantes, d'autres sont stimulantes. Elles peuvent provoquer dans la personnalité des individus des modifications qui peuvent accroître la prédisposition à participer à des activités dommageables. Par exemple, l'intoxication au moyen de l'alcool peut provoquer le relâchement des inhibitions de manière à accroître la probabilité que l'individu prenne part à des activités violentes. Cependant, il arrive fréquemment que ces substances toxicantes n'aient aucun effet sur la capacité d'un individu de former l'intention d'effectuer une certaine activité, mais simplement qu'elles modifient la personnalité de manière à prédisposer davantage l'individu à prendre des décisions particulières ou à s'engager dans des comportements particuliers qui provoquent des dommages.

(iii) Les acquittements et la preuve d'intoxication

Même les partisans les plus convaincus d'une politique qui autorise la preuve d'intoxication pour décider l'existence de la

avait peu de preuve au Canada pour indiquer que l'utilisation de la cannabis était associée à la criminalité. Voir Rapport de la Commission d'enquête sur l'usage non-médical des drogues, Ottawa, Information Canada, 1972, à la p. 273.

⁷⁶ Voir les études de Wolfgang, Voss et Heburn, McClintock et Radzinowicz citées dans D. Farrier, Drugs and Intoxication, London, Sweet & Maxwell, 1980, à la p. 46.

⁷⁷ *Ibid.*, à la p. 48.

mens rea et de l'actus reus à l'égard de toutes les infractions, reconnaissent que cette politique pourrait provoquer des acquittements inacceptables pour le public. Par exemple, dans les cas d'agression sexuelle, un nombre plus élevé d'acquittements pourrait découler de l'accouplement d'une défense d'erreur à une preuve d'intoxication. ⁷⁸ *Un autre exemple d'acquittement inacceptable concernerait la situation de l'individu qui deviendrait tellement intoxiqué qu'il n'aurait pas conscience de ses actes. Cette politique ne pourrait dissuader les individus de devenir tellement intoxiqués qu'ils pourraient commettre un acte dommageable.*

Les propositions de la Commission de réforme du droit

La Commission de réforme du droit du Canada a proposé de créer une catégorie spéciale de responsabilité qui s'applique au prévenu qui s'est volontairement intoxiqué.

3(3) Intoxication.

a) Règle générale. Nul n'est responsable d'un crime lorsque, en raison de son état d'intoxication, les conditions relatives à l'élément moral de ce crime ne sont pas réunies.

b) Réserve : Crime d'intoxication. Par dérogation au paragraphe 2(2) et à l'alinéa 3(3)a), sauf lorsque l'intoxication est attribuable à la fraude, à la contrainte morale, à la contrainte physique ou à une erreur raisonnable,

(i) la personne visée par l'alinéa 3(3)a) à qui peuvent être imputés tous les autres éléments du crime est responsable, sauf dans le cas de l'homicide, d'avoir commis ce crime sous l'effet de l'intoxication;

(ii) la personne qui cause la mort d'autrui et est visée par l'alinéa 3(3)a) est coupable d'homicide involontaire commis sous l'effet de l'intoxication et est passible de la peine prévue pour l'homicide involontaire. ⁷⁹

⁷⁸ Le projet de réforme du Code criminel relativement à l'agression sexuelle pourrait éliminer la défense d'erreur fondée sur la conviction honnête de l'obtention d'un consentement.

⁷⁹ *Supra*, note 20, à la p. 30.

Ces dispositions énoncent une politique qui est compatible avec les intérêts et le point de vue du public canadien. Celui-ci est opposé au concept selon lequel l'introduction d'une preuve d'intoxication pourrait permettre à un individu d'échapper à la punition pour les actes dommageables qu'il a commis. Cette politique reflète cette inquiétude en créant une catégorie de responsabilité qui vise d'une manière particulière le prévenu qui s'est volontairement intoxiqué et qui pourrait, autrement, échapper à la responsabilité. La responsabilité du prévenu est fondée sur l'acte d'intoxication volontaire et la commission d'une infraction criminelle.

Une telle politique dissuaderait plus efficacement les individus de se comporter de cette manière, que les politiques alternatives, parce que l'acte d'intoxication est identifié comme un fondement de la responsabilité criminelle. Il n'est possible de dissuader effectivement que si le comportement qui doit être dissuadé est suffisamment identifié. Dans le cas de l'utilisation de produits toxicants, il est dans l'intérêt de la société de dissuader les individus de devenir intoxiqués jusqu'à un point tel qu'ils peuvent être davantage disposés à commettre des actes dommageables. Bien qu'il faille reconnaître que le droit criminel n'a qu'une capacité limitée de dissuader certains comportements^{so}, le droit joue un rôle symbolique important en identifiant d'une manière explicite les comportements négatifs.

Dans une certaine mesure, cette politique est incompatible avec le principe sous-jacent qu'il n'y a pas de responsabilité criminelle sans preuve de l'intention criminelle, mais la plupart

^{so} La théorie de la dissuasion est fondée sur les présomptions que les individus sont rationnels et que le crime est le résultat de l'évaluation individuelle des coûts et des bénéfices d'actes particuliers. En ce qui concerne de nombreuses activités criminelles, on peut se demander si ces présomptions sont correctes. Par conséquent, la valeur dissuasive du droit en ce qui concerne certaines infractions est douteuse. Une discussion intéressante de la théorie de la dissuasion se trouve dans l'ouvrage de Allen E. Liska intitulé Perspectives on Deviance, Englewood, Prentice-Hall Inc, 1981, à la p. 94.

des choix politiques dans ce domaine s'éloignent dans une certaine mesure de la norme de la *mens rea* subjective. La disposition de la Commission de réforme du droit rend la preuve de l'intoxication pertinente pour décider l'existence de la *mens rea* et de l'*actus reus* de toutes les infractions. Cependant, en créant une catégorie de responsabilité différente, la politique s'éloigne d'une norme subjective de l'intention. Elle impute la responsabilité, même si le prévenu n'a pas la *mens rea* suffisante pour commettre une infraction à cause de son intoxication. Cependant, cette disposition est compatible avec les intérêts servis par la dissuasion, ainsi qu'avec d'autres valeurs sociales. De plus, l'écartement par rapport à une norme subjective est préférable à d'autres solutions politiques, parce qu'il identifie expressément la raison de cet écartement. D'autres politiques essaient de protéger une apparence de compatibilité avec la norme subjective, en associant l'acte d'intoxication à des niveaux particuliers d'intention, ou bien en décidant arbitrairement que la preuve d'intoxication est impertinente à l'égard de certaines infractions.

La recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada est la plus compatible avec les objectifs politiques de la réforme du droit criminel, par rapport aux diverses orientations politiques alternatives. Bien que ces dispositions s'éloignent de la norme subjective de la responsabilité criminelle, très peu de prévenus seraient touchés. La plupart des individus ne seraient pas acquittés, parce que la preuve d'intoxication était pertinente pour décider leur responsabilité. Ces dispositions imputent la responsabilité aux quelques individus qui échapperaient à la responsabilité criminelle à cause de l'admission d'une preuve de cette nature. Ceci est conforme à l'opinion publique à l'égard de l'intoxication et aux intérêts de la société pour dissuader les comportements dommageables. Nous recommandons donc que le Canada adopte la disposition recommandée par la majorité de la Commission de réforme du droit du Canada.

LA DÉFENSE D'ALIÉNATION MENTALE :
L'ÉTAT DU DROIT, SES DÉFAUTS ET QUELQUES PROPOSITIONS DE RÉFORME.
Sharon Nicklas

La défense d'aliénation mentale fait depuis longtemps l'objet de débats passionnés auprès des tribunaux, des commissions de réforme, des étudiants du droit et des psychiatres. Il semble qu'une telle attention soit inutile, étant donné que ce moyen de défense est rarement plaidé, et plus rarement encore avec succès.^{**}

Toutefois, cette défense a une grande valeur symbolique, étant donné qu'elle représente une fusion du droit, des sciences sociales, de l'éthique et de la moralité. De plus, elle soulève un grand émoi auprès du public, étant donné que bon nombre de gens considèrent que le fait de plaider avec succès l'aliénation mentale permet à quelqu'un de «s'en tirer». Les législateurs semblent hésiter à réformer les fondements de la défense d'aliénation mentale tant que celle-ci semble fonctionner convenablement. La défense d'aliénation mentale fonctionne-t-elle correctement au Canada? Pour répondre à cette question, il faut d'abord comprendre la finalité du droit criminel ainsi que la raison d'être de la défense d'aliénation mentale.

Les règles d'évaluation de la culpabilité pénale sont fondées principalement sur les critères de la responsabilité et du caractère blâmable de la conduite. Plus fondamentalement, la responsabilité dépend de la présomption de rationalité et d'autonomie des êtres humains : nous sommes capables de distinguer par la raison ce qui est bien de ce qui mal, et de choisir entre les deux. La punition des individus qui sont incapables

^{**} Il n'y a pas de statistiques canadiennes disponibles. Cependant, S.D. Dell, «Wanted An Insanity Defence that can be Used», [1983] Crim L.R. 431, à la p. 431, note qu'en Angleterre, une ou deux personnes au plus sont acquittées chaque année par les tribunaux pour cause d'aliénation mentale. En 1981, aux États-Unis, seulement quatre défendeurs en cour fédérale ont plaidé avec succès l'absence de culpabilité du fait de l'aliénation mentale. Voir L. Caplan, The Insanity Defense and the Trial of John. W. Hinckley Jr., Boston, D.R. Godine, 1984, à la p. 116.

d'effectuer des choix rationnels à cause d'une maladie mentale n'a de sens, ni pour la réparation, ni pour la dissuasion.⁸² Par conséquent, la défense d'aliénation mentale devrait exonérer de responsabilité criminelle les individus qui sont incapables d'effectuer un choix rationnel. Comme l'indique Findkel, un critère d'aliénation mentale doit indiquer si un individu est «capable de répondre» ["responseable"].⁸³

L'état actuel du droit - Atteint-il cet objectif?

Dès le quatorzième siècle, la common law a reconnu la défense d'aliénation mentale contre une accusation criminelle.⁸⁴ Le premier *Code criminel* canadien, adopté en 1892, comprenait la défense d'aliénation mentale, qui était une codification des règles de l'arrêt M'Naghten énoncées en Angleterre en 1843.⁸⁵ Aujourd'hui, la défense d'aliénation mentale se trouve à l'article 16. Bien que l'article 16 ait été modifié récemment au moyen du projet de loi C-30, qui a reçu la sanction royale de la Chambre des communes (sic) le 13 décembre 1991, les principes essentiels de l'article 16 sont généralement les mêmes que ceux de la disposition relative à la défense d'aliénation mentale qui a été adoptée en 1892.

La défense d'aliénation mentale actuelle exonère-t-elle de responsabilité ceux qui ne sont pas capables de faire un choix

⁸² Voir, d'une manière générale, I. Keilitz & J.P. Fulton, The Insanity Defense and Its Alternatives: A Guide for Policy Makers, Williamsburg (VA), Institute on Mental Dissability and the Law, 1984, à la p. 5.

⁸³ N.J. Finkel, Insanity on Trial, New York, Plenum Press, 1988, à la p. 261.

⁸⁴ Voir : G.A. Martin, «Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law», in S.J. Hucker, C. Webster & M. Ben-Aron, éditeurs, Mental Disorder and Criminal Responsibility, Toronto, Butterworths, 1981, à la p. 15.

⁸⁵ [1843] Clark & Fin. 200. M'Naghten avait tiré sur Drummond, le secrétaire privé du premier ministre Sir Robert Peel, et tué celui-ci, qu'il croyait être Peel. A cause de sa maladie mentale, M'Naghten croyait faussement qu'il était entouré d'ennemis, dont Sir Robert Peel.

rationnel? À mon avis, ce n'est pas le cas. Le critère utilisé au Canada n'exonère que les individus qui souffrent d'une «maladie mentale» et qui démontrent l'un des deux symptômes d'un «défaut de la raison» : l'incapacité d'apprécier la nature et la qualité de leurs actes, ou bien l'incapacité de savoir que ce qu'ils ont fait est mauvais. Un individu qui est capable de penser d'une manière rationnelle, mais incapable d'accorder ses actes avec cette connaissance, ne peut utiliser la défense d'aliénation mentale au Canada.⁸⁶

Les propositions de réforme au Canada - Servent-elles l'objectif?

Pour l'essentiel, les projets de réforme les plus récents qui ont été proposés par la Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) et par le ministère de la Justice, ainsi que le texte qui a été choisi par le Parlement et qui se trouve dans le projet de loi C-30, sont des reformulations des règles de l'arrêt M'Naghten. Ces organismes de réforme du droit ne semblent pas aborder le problème de la portée de la défense d'aliénation mentale. Par exemple, en 1982, la CRDC a analysé les raisons pour lesquelles la défense d'aliénation mentale devrait être conservée; les motifs invoqués pour conserver cette défense s'appuyaient sur la tradition, ainsi que sur le fait qu'il serait immoral de ne pas offrir une telle défense. La CRDC ne s'est pas demandée si la défense existante servait effectivement, ou non, ceux auxquels elle s'applique. La CRDC a proposé une règle alternative qui comprenait un critère de

⁸⁶ Le droit canadien et les règles de l'arrêt M'Naghten se fondent sur une théorie dépassée de la psychologie qui conçoit les fonctions de l'esprit de manière compartimentée. Les théories psychologiques actuelles conçoivent les fonctions de la personnalité humaine comme une unité intégrée d'une nature telle que la maladie mentale sérieuse porte atteinte non seulement aux fonction cognitive, mais aussi à la volonté et aux émotions. *Supra*, note 84 à la p. 19. Voir aussi : Grande-Bretagne, Committee on Mentally Abnormal Offenders (Comité Butler), Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders, London, H.M. Stationery Office, 1975, par. 18.6; American Psychiatric Association, «American Psychiatric Association Statement on the Insanity Defence» (1983), 140 Am. J. Psych. 685.

volonté, mais elle a préféré rejeter ce critère étant donné qu'elle craignait qu'il permette d'acquitter trop facilement les psychopathes.⁸⁷

Les propositions de réforme à l'étranger

Aux États-Unis

En 1962, l'American Law Institute (ALI) a proposé un libellé de la défense d'aliénation mentale dans son Code pénal modèle.⁸⁸ Ce libellé se fonde sur le concept selon lequel la compréhension est plus vaste que la simple connaissance (l'«appréciation»), et l'incapacité de former une volonté devrait être formulée directement dans la défense. En 1984, tous les circuits des Cours d'appel fédérales et 24 des 50 états avaient adopté le libellé du Code pénal modèle, avec des modifications mineures.⁸⁹

À la suite de l'acquittement de John Hinckley pour cause d'aliénation mentale, après une tentative d'assassinat contre le président Reagan, le droit fédéral a été modifié⁹⁰, dans le sens des règles de l'arrêt M'Naghten effectivement, et plusieurs états ont suivi. L'élément volontaire a été omis parce qu'il avait été démontré qu'il était difficile pour un jury de faire la distinction entre une impulsion à laquelle il était impossible de résister, d'une part, et une impulsion à laquelle on n'a pas résisté, d'autre part.⁹¹

Il est intéressant de noter les règles de l'arrêt M'Naghten et la Insanity Defence Reform Act de 1984, qui contiennent toutes deux des critères restrictifs de l'aliénation mentale et constituent des réponses réactionnaires aux protestations du public qui ont suivi

⁸⁷ Commission de réforme du droit du Canada, Partie générale : responsabilité et moyens de défense, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1982, à la p. 42.

⁸⁸ *Supra*, note 23, art. 4.01.

⁸⁹ *Supra*, note 82, aux pp. 14 et 15.

⁹⁰ Insanity Defense Reform Act 1984, 18 USC 20 (U.S.A.)

⁹¹ American Psychiatric Association, *supra*, note 86, à la p. 685.

l'acquittement d'un individu qui avait essayé d'assassiner le chef de l'État. Les réformes conçues dans une telle atmosphère sont rarement satisfaisantes.

En Angleterre

Actuellement, en Angleterre, la défense d'aliénation mentale est fondée sur les règles de l'arrêt M'Naghten. Il y a eu deux initiatives de réforme significatives : le Comité Butler⁹² et les travaux de la Commission de réforme du droit sur un projet de *Code criminel* pour l'Angleterre et le pays de Galles.⁹³ Il est recommandé que la défense d'aliénation mentale soit limitée à ceux qui présentent une «maladie mentale grave», qui est définie d'une manière détaillée. Selon cette proposition, quiconque satisferait les critères serait présumé être innocent pour cause de maladie mentale grave. Il n'y a pas de recherche distincte à propos des capacités cognitives. Cependant, je crois que cette approche est tellement rigide et complexe qu'il pourrait y avoir un nombre infini d'appels sur l'interprétation convenable des termes utilisés. De plus, la présomption selon laquelle il existe un lien de causalité entre l'infraction et l'état psychologique du défendeur peut être exagérée.

En Australie

Dans les états de Queensland, de l'Australie Occidentale et du Territoire du Nord, les défenses d'aliénation mentale comprennent à la fois des critères de connaissance et des critères de volonté.

⁹⁴ On a également recommandé l'introduction de ce genre de critères en Australie du Sud.⁹⁵

⁹² Voir le Comité Butler, *supra*, note 86.

⁹³ *Supra*, note 24.

⁹⁴ Qld : art. 27; WA : art. 27; NT : par. 35(1).

⁹⁵ Australie du Sud, *Criminal Law and Penal Methods Reform Committee, Fourth Report: The Substantive Criminal Law*, Adelaide, The Committee, 1977, aux pp. 43 et 44.

Il faut noter que le Commissaire de la réforme du droit de la Tasmanie a recommandé récemment l'abolition de la défense d'aliénation mentale.⁹⁶ La preuve de la maladie mentale toucherait donc la *mens rea* et, si la *mens rea* nécessaire n'est pas anéantie, la preuve de la maladie mentale influencerait la disposition de l'espèce.

Il existe des arguments plus convaincants en faveur de la conservation de la défense d'aliénation mentale. Celle-ci est essentielle pour assurer l'intégrité morale du droit criminel. Par exemple, la *mens rea* et la défense d'aliénation mentale sont conceptuellement indépendantes. En appliquant la défense d'aliénation mentale, on décide si le défendeur a la capacité de former l'intention. Dans une analyse de la *mens rea*, on décide si l'individu avait effectivement l'intention requise lorsque l'infraction a été commise. Lorsqu'on analyse la *mens rea*, la capacité est présumée.⁹⁷ De plus, dans une approche fondée sur la *mens rea*, l'individu dont l'intention - nécessaire à la commission de l'infraction - a été anéantie par la maladie mentale devrait être acquitté. Alors, cet individu ne recevrait pas le traitement dont il a besoin.

Recommandations à l'appui des objectifs de la défense d'aliénation mentale

La discussion qui précède a illustré la nécessité de conserver la défense d'aliénation mentale, mais aussi l'état insatisfaisant de la défense actuellement. Notamment, celle-ci n'exonère pas de la responsabilité criminelle tous les individus qui sont incapables

⁹⁶ Tasmanie, Parlement, Commissaires de la réforme du droit, Insanity, Intoxication and Automatism, Hobart, Tasmanie, M.C. Reed, 1989, à la p. 10. Certains universitaires ont également proposé l'abolition. Voir : N. Morris, Madness and the Criminal Law, Chicago, University of Chicago Press, 1982; J. Goldstein & J. Katz, «Abolish the Insanity Defence - Why Not?» (1963), 72 Yale L.J. 853. En fait, trois états des États-Unis d'Amérique (le Montana, l'Idaho et l'Utah) ont également abrogé la défense d'aliénation mentale.

⁹⁷ Depuis l'adoption du projet de loi C-30, la présomption de capacité mentale se trouve au par. 16(2).

de faire un choix rationnel. Dans son état actuel, la défense soulève un autre problème : elle n'exonère entièrement de responsabilité pénale que les individus qui sont atteints d'incapacité très sévère. Le choix simple entre la culpabilité, d'une part, et l'absence de responsabilité criminelle au motif de maladie mentale, d'autre part, ne reflète pas le fait que les maladies mentales forment une suite continue ⁹⁸. Par conséquent, il est impossible d'établir une limite claire entre la responsabilité et l'irresponsabilité. On peut prétendre qu'on ne peut garder le respect de la communauté que si le droit criminel gradue la condamnation en fonction de la turpitude morale.

Au Canada, nous autorisons la preuve de maladie mentale tout juste moindre que l'aliénation mentale, pour contester l'existence de l'élément psychologique nécessaire pour constituer les «infractions d'intention spécifique» ⁹⁹, ce qui réduit l'accusation à une infraction moindre et incluse. Cependant, en ce qui concerne les infractions autres que celles d'intention spécifique, la preuve psychiatrique ne peut être utilisée qu'à l'égard de la défense d'aliénation mentale. ¹⁰⁰ Cela semble-t-il logique? ¹⁰¹

⁹⁸ Commission de réforme du droit de Victoria, Mental Malfunction and Criminal Responsibility, Melbourne, The Commission, 1990, à la p. 49.

⁹⁹ R. v. Hilton (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (C.A. Ont.). La défense de responsabilité diminuée n'existe pas au Canada, en tant que telle : Chartrand c. R., [1977] 1 R.C.S. 314.

¹⁰⁰ A. Stalker, «The Law Reform Commission of Canada and Insanity» (1982-83), 25 Crim. L.Q. 223. à la p. 242.

¹⁰¹ Une critique de la doctrine de l'intention spécifique se trouve dans l'article de D.P. Reynolds intitulé «Mens Rea and Mental Disorder: Recent Developments in Canadian Criminal Law» (1979), 37 U. of T. Fac. L. Rev. 187. Il y a eu certaines initiatives de réforme en faveur d'une excuse partielle. Voir la dissidence dans : Canada, Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases, Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases, Hull (Québec), Edmond Cloutier, imprimeur de la Reine, 1957. Voir aussi CRDC (1982), *supra*, note 87, aux pp. 52 et 53, qui a créé un seuil de «capacité effective» dans le projet numéro 2, afin de permettre le traitement adéquat des contrevenants aliénés.

Il est intéressant de noter comment d'autres pays traitent cette question. L'Angleterre a adopté la théorie de la responsabilité atténuée, qui réduit l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable, contre ceux qui souffrent d'une «anormalité psychologique» importante. Dans certains états australiens, on trouve une théorie de la responsabilité atténuée semblable à celle qui a cours en Angleterre. Aux États-Unis, plusieurs théories proposent une atténuation de la responsabilité des individus qui ont certains problèmes psychologiques. La théorie de la capacité atténuée, qui a pris naissance en Californie, est très semblable à notre théorie de l'intention spécifique. L'ALI recommande une défense de responsabilité atténuée semblable à celle qui existe en Angleterre. Dans d'autres états, la responsabilité atténuée constitue une défense contre d'autres infractions, outre le meurtre. Un certain nombre d'états ont adopté un verdict de «culpabilité sous réserve d'aliénation» ["guilty but mentally ill" (GMBI)] en plus de la défense d'aliénation, qui est à la disposition des individus qui souffraient d'une maladie mentale lorsque l'infraction a été commise mais qui ne satisfont pas le critère de l'aliénation mentale.

La plupart des critiques à l'égard des défenses d'aliénation partielle portent sur la terminologie et la procédure, mais pas sur les objectifs. En fait, nous disposons au Canada de la défense d'infanticide et il serait contradictoire d'interdire l'utilisation - comme fondement d'une exonération partielle - d'autres troubles mentaux qui touchent à la fois les hommes et les femmes. Il n'y a pas non plus de raison logique de limiter la défense aux individus accusés de meurtre. Bien que, ni la Commission de la réforme du droit, ni le Groupe de travail sur la partie générale, n'aient fait de recommandation à l'égard de la responsabilité atténuée, une législation appropriée fournirait des directives suffisantes à la magistrature et recevrait l'approbation du public.

Sur la base de la discussion qui précède, nous proposons que le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général qui travaillera à la réforme de la Partie générale du *Code criminel* étudie le projet de loi suivant :

Modifications à l'article 2 du code criminel :

«troubles mentaux» L'imbécillité naturelle ou une maladie mentale.

Le projet de loi C-30 a ajouté à l'article 2 une disposition qui se lit comme suit : "«trouble mental» Une maladie mentale". Elle n'exonère donc pas de responsabilité pénale les individus qui auraient été exonérés auparavant à cause d'«imbécillité naturelle».

Exonération

Troubles mentaux

Celui ou celle que des troubles mentaux rendaient incapable, au moment de la conduite pertinente,

- i) de penser d'une manière rationnelle, comme l'indiquait l'incapacité d'apprécier la nature et les conséquences de la conduite, ou son caractère répréhensible; ou
- ii) de se conformer aux exigences de la loi, n'est pas responsable criminellement.

Exonération partielle

Culpabilité sous réserve d'aliénation

Quiconque était coupable d'une infraction mais, au moment de la conduite pertinente, souffrait d'une maladie mentale qui réduisait considérablement sa capacité

- i) de penser d'une manière rationnelle, comme l'indiquait l'incapacité d'apprécier la nature et les conséquences de la conduite, ou bien le caractère répréhensible de celle-ci; ou
- ii) de se conformer aux exigences de la loi, est coupable sous réserve d'aliénation mentale.

Cette exonération partielle subsumera l'infanticide, qui se trouve actuellement à l'article 233 du *Code criminel*. ¹⁰²

¹⁰² Les dispositions suivantes doivent être ajoutées pour aider le pouvoir judiciaire à appliquer l'exonération partielle en application de la culpabilité sous réserve d'aliénation :

(1) Au lieu d'imposer une pénalité ou une sanction légale, le juge ou le magistrat peut condamner un délinquant qui a été trouvé coupable sous réserve d'aliénation à être interné dans un établissement de soins psychiatriques pendant la totalité ou une partie de la sentence.

Dans l'intérêt des délinquants aliénés, les dispositions jurisprudentielles en matière de procédure et de preuve devraient être codifiées.¹⁰³ Actuellement, la présomption que chacun est sain d'esprit est codifiée au paragraphe 16(2), et le fardeau de

(2) Un contrevenant qui est déclaré coupable sous réserve d'aliénation mentale ne peut être condamné à être interné dans un établissement de soins psychiatriques pendant plus longtemps que la période maximale d'incarcération dont il était possible.

(3) Un juge ou un magistrat qui prononce une sentence peut ordonner qu'une personne qui a été déclarée coupable sous réserve d'aliénation mentale d'une infraction punissable par voie de mise en accusation soit transférée d'un établissement de soins psychiatriques dans un établissement carcéral approprié, pour y purger le reste d'une sentence.

(4) Nul ne peut être transféré en application du par. 3 si le juge ne conclut pas que cette personne a bénéficié du traitement dans l'établissement de soins psychiatriques et qu'il n'est pas nécessaire, dans l'intérêt public, de poursuivre le traitement dans l'établissement de soins psychiatriques.

(5) Un individu qui a été déclaré coupable sous réserve d'aliénation mentale d'une infraction punissable par voie de poursuites sommaires ne peut être libéré de l'établissement de soins psychiatriques que si le juge qui prononce la sentence conclut, sur requête du délinquant, que cet individu a bénéficié du traitement de l'établissement de soins psychiatriques et qu'il n'est pas nécessaire, dans l'intérêt public, de poursuivre le traitement dans l'établissement de soins psychiatriques.

(6) Le reliquat de la sentence d'un individu qui a été libéré en application de l'art. 5 est transformé en période de probation, aux conditions que le juge ordonne.

¹⁰³ Le ministère de la Justice et le Groupe de travail sur la partie générale appuient cette proposition.

preuve est énoncé au paragraphe 16(3). ¹⁰⁴ Nous recommandons que ces dispositions soient conservées.

En ce qui concerne le moment auquel le prévenu et l'accusateur peuvent soulever la défense de maladie mentale, nous proposons la législation suivante, qui est compatible avec la décision de la Cour suprême dans l'arrêt R. c. Swain. ¹⁰⁵

a) Pour être exonéré de responsabilité criminelle, un prévenu peut soulever la maladie mentale à n'importe quel moment avant la déclaration de culpabilité.

b) Pour être déclaré coupable sous réserve de maladie mentale, le prévenu peut soulever la maladie mentale à n'importe quel moment avant le prononcé de la sentence par le juge ou le magistrat.

c) Le poursuivant peut soulever la maladie mentale seulement après que le juge des faits a conclu que le prévenu était coupable de l'infraction dont il était accusé, sauf si la défense du prévenu a soulevé d'une manière ou d'une autre la question de sa capacité mentale de former l'intention criminelle.

Bien que le critère de troubles mentaux que nous recommandons ne soit pas très différent de la défense d'aliénation mentale actuelle, nous croyons que les exonérations complète et partielle que nous proposons sont plus compatibles avec les principes du

¹⁰⁴ La présomption de santé mentale de chacun, qui se trouve au par. 16(2), auparavant le par. 16(4), a récemment été contestée sans succès pour un motif constitutionnel. Dans l'arrêt R. v. Chaulk (1990), 62 C.C.C. (3d) 193, la C.S.C. a décidé que le par. 16(4) contrevient à la présomption d'innocence garantie à l'al. 11d) de la charte, mais qu'elle constitue une limitation raisonnable dans une société libre démocratique. Dans l'arrêt Chaulk, la Cour suprême a également confirmé l'arrêt R. v. Smythe (1940), 74 C.C.C. 273, selon lequel le défendeur qui invoque la défense d'aliénation mentale doit prouver selon la balance des probabilités qu'il était atteint de maladie mentale lors de la commission de l'infraction. Il serait trop difficile d'imposer ce fardeau de preuve à la Couronne, qui se trouverait virtuellement dans l'impossibilité de s'en acquitter.

¹⁰⁵ (1991), 63 C.C.C. (3d) 481.

droit criminel et avec une approche éclairée du traitement des délinquants qui souffrent de maladie mentale.

Le moment est venu de réformer le fond de la défense d'aliénation mentale au Canada. Le projet de loi C-30 a provoqué la réforme des dispositions qui régissent le sort des délinquants qui ont été déclarés coupables sous réserve d'aliénation mentale. Nous ne devrions pas attendre qu'une affaire comme celle de M'Naughten ou celle d'Hinckley poussent à toute allure la réforme de la défense sur le fond.

LA NÉCESSITÉ ET LA CONTRAINTE

Graeme Coffin

Le droit relatif à la nécessité et à la contrainte est actuellement un mélange ambigu d'énoncés législatifs et de principes de common law qui a considérablement besoin de réforme. Les discussions qui suivent tentent de résoudre, de manière séquentielle, sept des problèmes les plus urgents de ces moyens de défense, qui découlent de la littérature et de la jurisprudence. Nous essayerons également de formuler des recommandations sur le libellé des nouvelles dispositions qui seront insérées dans les projets de dispositions annexés à cet article.

La différence entre la nécessité et la contrainte

Le fondement des deux défenses sous leur forme actuelle est que ceux qui ne disposent pas de leur libre arbitre lorsqu'ils commettent des actes criminels ne devraient pas être tenus responsables de ces actes. L'argument fondamental est le même, qu'on plaide la contrainte ou la nécessité. Le prévenu répond à la poursuite en prétendant qu'il n'avait pas le choix, mais que des forces dont il n'avait pas la maîtrise l'on obligé à contrevir à la loi. Selon le point de vue traditionnel, la contrainte met en oeuvre des menaces de préjudice contre soi-même ou contre un autre, de la part d'autres personnes; alors que la nécessité met en oeuvre des menaces contre soi-même ou contre un tiers, qui découlent de circonstances qui ne sont pas influencées directement par des actes humains. Par exemple, l'article 17 du *Code criminel* définit la contrainte comme «des menaces ... de la part d'une personne». ¹⁰⁶ Dans la common law canadienne, la défense de nécessité a été développée pour tenir compte de catégories de contrainte qui ne sont pas comprises dans la définition de la contrainte qui figure au *Code criminel*. Il est difficile de dire si certaines situations dans lesquelles des menaces ont été proférées par des individus

¹⁰⁶ *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 17.

pourraient être visées par la théorie de la nécessité que la Cour suprême du Canada a développée dans l'arrêt Perka c. R..¹⁰⁷

Il semble que les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada sur la contrainte et la nécessité limitent la contrainte aux menaces de tiers contre l'individu. La nécessité demeure à titre de disposition générale applicable aux menaces contre les personnes qui découlent des circonstances, ainsi qu'aux menaces contre les biens qui découlent des circonstances ou «d'autres sources», y compris - peut-être - les individus.¹⁰⁸ La Commission de réforme du droit anglaise préfère une distinction claire entre «la contrainte par la menace» c'est-à-dire «les menaces proférées par des individus», d'une part, et «la contrainte des circonstances», d'autre part.¹⁰⁹ Le projet de l'American Law Institute (ALI) semble adopter une position semblable à celle de la CRDC : la contrainte est «la menace d'utiliser illégalement la force contre l'individu»; un choix entre plusieurs maux (semblable à la nécessité) étant la conduite nécessaire pour éviter l'infliction d'un préjudice ou d'un dommage à soi-même ou à un tiers. Le libellé est suffisamment général pour s'appliquer aux menaces proférées par des personnes contre les biens.¹¹⁰

Il y a certainement une différence, dans les faits, entre les menaces qui sont proférées par des individus et les menaces qui découlent des circonstances; mais cela constitue-t-il un motif valable pour créer des défenses différentes dans le Code criminel? Les événements peuvent être aussi dangereux que les individus, et assujettir l'auteur au même genre de pressions. Il ne semble pas que le fait que l'accusé se soit senti contraint par des actes

¹⁰⁷ Perka c. R., [1984] 2 R.C.S. 232 [ci-après : Perka].

¹⁰⁸ *Supra*, note 20; dans le commentaire qui suit le par. 3(9), à la p. 36.

¹⁰⁹ Voir *supra*, note 24, vol. 1, par. 42, à la p. 60, "Duress by Threats"; et le par. 43, à la p. 61, "Duress of Circumstances".

¹¹⁰ Voir, *supra*, note 22, part. 1, art. 2.09, "Duress"; et art. 3.02, "Choice of Evils".

répréhensibles d'origine humaine, ou bien par la force des circonstances, fasse une grande différence dans la mesure où ses motifs seraient les mêmes dans les deux situations. Les motifs de l'auteur ont davantage d'importance que la source de la contrainte : essayait-on de se protéger soi-même au détriment d'un innocent, ou bien faisait-on de son mieux pour minimiser le préjudice subi par l'innocent dans une situation sans issue favorable? La distinction de principe oppose la menace de préjudice contre soi-même à la menace de préjudice envers autrui.¹¹¹ Dans le premier cas, on est obligé de violer la loi dans son propre intérêt, ou par instinct d'auto-protection. Dans l'autre cas, on intervient par sympathie, par conscience ou par sens du devoir. Il est donc recommandé que la Partie générale comprenne des dispositions sur «la contrainte» et «le choix entre plusieurs maux». La distinction entre les deux devrait être la différence entre la protection de ses propres intérêts au détriment de la société, d'une part, et la protection des intérêts de la société sans égard au préjudice pour soi-même, d'autre part.

La protection des biens

L'article 17 du *Code criminel* limite la portée de la contrainte de manière à exclure les menaces contre les biens. La théorie de la common law en matière de nécessité qui a été énoncée dans l'arrêt *Perka* n'élimine pas expressément l'inquiétude à l'égard des biens comme source possible d'excuse de la conduite, mais M. le juge Dickson a souligné le «caractère involontaire du point de vue moral» et le «péril direct et immédiat»¹¹² d'une manière qui suggère qu'il concevait la nécessité comme une excuse dont l'auto-protection était le motif.

La Commission de réforme du droit anglaise n'autorisera pas de défense de contrainte du fait de la menace, ou du fait de la

¹¹¹ Cette proposition a été faite par Rollin M. Perkins. "Impelled Perpetration Restated" (1981), 33 Hastings L.J. 403, à la p. 424.

¹¹² *Supra*, note 107, à la p. 259.

contrainte des circonstances, à moins que le prévenu n'ait cherché à éviter la mort ou les lésions corporelles graves. La CRDC était prête à étudier l'évitement des dommages sérieux aux biens comme fondement d'une défense de nécessité, mais non pas comme fondement d'une défense de contrainte. L'ALI a également limité l'étude des menaces contre les biens à sa disposition sur le choix entre plusieurs maux.

Une solution raisonnable consisterait à permettre généralement l'utilisation des menaces contre les biens comme une forme suffisante de contrainte dans le cas des deux moyens de défense, puis à refuser l'exonération d'un prévenu qui a placé la protection des biens - quelle qu'en soit la valeur - avant la protection de la vie et de la santé d'autrui. Dans les autres cas, le moment auquel le moyen de défense doit être mis à la disposition de celui qui est motivé par le désir de protéger des biens matériels, peut être décidé avec l'aide du principe général de proportionnalité.

Le libellé utilisé par la CRDC, c'est-à-dire que le préjudice évité devait être «nettement plus grave» que celui qui a été causé, est souhaitable pour deux raisons : d'une part, il évite la nécessité de juger des différences minuscules entre les préjudices; d'autre part, il empêche d'invoquer un moyen de défense avec succès dans les situations ridicules qui pourraient, autrement, satisfaire le critère.

Le fait de causer la mort ou un préjudice corporel sérieux

Le Code criminel interdit d'utiliser la contrainte comme excuse lorsque le prévenu a causé toutes sortes de préjudices, y compris le meurtre ou des blessures corporelles graves. En imposant l'obligation de proportionnalité entre le préjudice causé et le préjudice évité, la théorie de l'arrêt Perka semble créer une possibilité logique d'excuser un meurtre lorsque la mort d'une personne assure la survie d'un grand nombre d'individus. Pourtant, la common law a toujours hésité à comparer la valeur relative des vies. Les arrêts classiques sur le caractère inexcusable du choix

de la victime d'un homicide sont The Queen v. Duddley and Stephens¹¹³ et United States v. Holmes.¹¹⁴ Actuellement, on peut se demander si le fait de causer des blessures graves pourrait être jugé comme étant proportionné au fait de sauver des vies.

La CRDC est d'avis que ces dispositions n'offrent aucune défense à ceux qui ont sciemment causé la mort ou des blessures corporelles graves. L'ALI adopte un point de vue contraire et n'impose aucune limite aux catégories d'actes criminels pour lesquels un moyen de défense peut être invoqué. La Commission de réforme du droit anglaise a laissé la question en suspens dans le cas de la tentative de meurtre.

Je préfère l'approche proposée par la Commission de la réforme du droit de Victoria, en Australie, qui a recommandé qu'en cas de meurtre, le jury puisse évaluer les circonstances et décider si l'accusé devrait être exonéré totalement ou partiellement, ou bien jugé totalement coupable malgré n'importe quelle forme de contrainte.¹¹⁵ Ce genre de pouvoir discrétionnaire pourrait aussi être laissé au juge des faits dans les cas de préjudice grave.

Selon les dispositions qui sont proposées ici, le jury pourrait limiter ou rejeter un moyen de défense par ceux qui ont délibérément tué ou blessé. Le problème du caractère délibéré doit être résolu. Il semble juste d'ajouter aux états d'esprit qui peuvent priver le prévenu d'un moyen de défense, l'attention subjective envers un risque significatif de préjudice sérieux ou de décès. Par conséquent, le jury devrait être capable de limiter ou de rejeter l'invocation d'un moyen de défense lorsque le prévenu a causé la mort ou un préjudice sérieux, sciemment ou témérairement.

¹¹³ (1884), 14 Q.B.D. 273.

¹¹⁴ (1842), 26 Fed. Cas. 360.

¹¹⁵ John Dixon, "A Blueprint for Heroism or a Rational and Humane Code?" (1983), 7 Crim. L.J. 132, aux pp. 137 et 138, qui discute les recommandations de Sir John Minogue, c.r., commissaire de la réforme du droit de Victoria.

Il faut également définir la notion de «préjudice sérieux». Une approche consiste à définir le «préjudice» ou les «blessures» dans le cadre de ces moyens de défense comme des blessures corporelles. C'est l'attitude de la CRDC.¹¹⁶ Cette définition semble trop limitée. Nous recommandons que pour les défenses de contrainte et de choix entre plusieurs maux, une définition du «préjudice grave» soit suffisamment vaste pour comprendre le préjudice psychologique sérieux qui peut découler d'actes comme l'agression sexuelle, le chantage et la séquestration. Il appartiendra au juge des faits d'accorder la valeur convenable au préjudice qui a fait l'objet de la menace.

Les paramètres de la défense et le problème de l'objectivité

Une fois que le rédacteur a décidé les contraintes qui servent de base à une défense, il faut décider le niveau de menace qui suffit; la gravité, la crédibilité et l'immédiateté de celle-ci; ainsi que la conduite exigée de la part de l'auteur qui fait l'objet des menaces : doit-il faire preuve de force d'âme, ou bien intenter contre l'acte illicite les recours juridiques qui semblent nécessaires?

(i) Le niveau minimal de la menace

Dans la plupart des codes, la contrainte ne peut être plaidée que si la menace envers l'auteur avait une certaine importance : la mort, les blessures corporelles, l'usage illégal de la force contre la personne, etc. (l'article 17 actuel est un exemple typique). Cependant, en common law, la nécessité impose une norme moins restrictive de proportionnalité entre le dommage causé et le dommage évité, sans préciser les caractéristiques de la sévérité, même si elle exige un «péril urgent et immédiat» (selon l'arrêt Perka), ce qui implique que certaines menaces d'un niveau peu élevé ne suffisent pas. Compte tenu de l'ajout d'une norme de proportionnalité dans les dispositions proposées, est-il nécessaire

¹¹⁶ *Supra*, note 20. Voir la définition du «préjudice corporel» qui se trouve à l'art. 1, à la p. 11.

d'insister sur le fait que le dommage dont on a été menacé était «sérieux»? Il est suffisemment important d'encourager l'obéissance à la loi pour créer une norme qui décourage les individus d'évaluer individuellement les coûts et les avantages de cette obéissance. La défense ne devrait autoriser un comportement illégal que lorsque les enjeux sont relativement élevés. C'est le juge des faits qui doit décider ce qui constitue une menace sérieuse, en s'appuyant sur des critères objectifs. Cela n'empêcherait pas nécessairement de tenir compte des caractéristiques particulières du prévenu.

(ii) Le niveau minimal de la crédibilité de la menace

Si le premier obstacle a été franchi et une menace objectivement sérieuse a été proférée, le Code doit-il exiger aussi que le prévenu croie raisonnablement à l'authenticité de la menace, ou bien suffit-il que le prévenu croie simplement que la menace est réelle et qu'elle sera exercée? La CRDC a choisi l'approche objective, alors que la Commission anglaise de réforme du droit a décidé de conserver l'approche subjective, selon laquelle il suffit que l'auteur «sache ou croie» que le danger est réel, ce qui permet de tenir compte des caractéristiques individuelles qui tendent à modifier la perception de la menace. Les dispositions de l'ALI sur la menace reflètent certaines décisions de la common law, en ce qu'elles exigent que la menace soit telle qu'une personne d'une «fermeté raisonnable» ne puisse y résister.

Tout bien pesé, la meilleure solution à ce problème est l'application des principes de la subjectivité. À ce moment de l'enquête, le prévenu a déjà prouvé qu'il avait perçu des menaces qui seraient objectivement «sérieuses» si elles étaient mises à exécution. Cela induit un élément d'objectivité suffisant dans le jugement à l'égard de l'existence ou de l'absence de la menace dont le prévenu a fait l'objet. Ce dernier reste obligé, tactiquement, de prouver le fondement rationnel de sa conviction.

(iii) Le niveau minimal d'immédiateté de la menace et l'obligation de recourir aux autorités

Le droit actuel et la plupart des projets de codes insistent sur le fait que, dans le cadre de la contrainte ou dans le cadre de

la nécessité, la menace doit être immédiate. Cette exigence est justifiée par un motif politique important : le droit doit être conçu de façon à décourager l'auto-protection et à encourager les gens à requérir l'assistance des autorités légales chaque fois que possible. Par conséquent, les dispositions actuelles du *Code criminel* sur la contrainte exigent que l'auteur de la menace soit présent lorsque l'acte criminel est perpétré. De plus, dans l'arrêt *Perka*, M. le juge Dickson a fait de l'absence d'alternative légale raisonnable l'une des exigences de la nécessité et il a exigé aussi que la menace vise un préjudice immédiat : «un risque imminent» et un «péril direct et immédiat». Cependant, certains libellés de la contrainte en common law permettent que des menaces ne soient exercées que dans l'avenir.¹¹⁷

Il semble évident que ceux qui rejettent consciemment des alternatives légales ne devraient pas avoir le droit d'invoquer une défense. Mais que doit-il advenir de ceux qui n'ont pas compris qu'il existait une alternative légale, ou qui ont cru que l'alternative légale n'offrait aucun moyen d'éviter le préjudice? Dans ce contexte, une norme objective offre un compromis raisonnable entre le besoin d'encourager les individus à chercher des solutions légales, d'une part, et le désir d'exonérer ceux qui auraient cherché une solution légale s'ils n'avaient cru qu'il n'y en avait aucune, d'autre part. Je propose donc que la défense exige que la menace soit immédiate ou bien, sinon, qu'elle soit telle que le prévenu ait cru raisonnablement que le recours à l'autorité n'aie pu éviter le préjudice.¹¹⁸

¹¹⁷ Voir : *R. v. Hudson & Taylor* (1971), 56 Cr. App. R. 1 (C.A. Angl.).

¹¹⁸ Dans certaines situations, le prévenu a entièrement raison d'avoir cru qu'une intervention officielle ne sera guère utile; l'attitude de la Commission anglaise de réforme du droit, selon laquelle la conviction de l'inutilité de chercher l'assistance des autorités ne constitue pas une excuse quel qu'en soit le bien fondé, semble inutilement dure, compte tenu de ce fait.

En ce qui concerne les alternatives légales, les dispositions ne devraient empêcher un prévenu d'invoquer une défense que s'il n'y avait pas de moyen légal raisonnable et raisonnablement apparent d'éviter le préjudice. Dans ce cas, «raisonnable» signifie «proportionnel» : les moyens légaux ne devraient être préférés aux moyens illégaux que s'ils empêchent, eux aussi, davantage de préjudice qu'ils n'en créent. L'adverbe «raisonnablement» veut simplement dire que l'alternative légale pouvait être discernée par une personne d'intelligence ordinaire qui était dans la même situation.

La proportionnalité et l'erreur

Il semble bizarre qu'en énonçant leur définition de la proportionnalité, la CRDC et la Cour suprême – dans l'arrêt Perka – se soient satisfaites d'une évaluation *a posteriori* du préjudice qu'on cherchait à éviter, par rapport au préjudice effectivement causé. Que se passe-t-il si le prévenu visait un résultat proportionnel, mais s'il a fait une erreur? Une prémissse générale du droit criminel est que ceux qui font des erreurs de fait déraisonnables ne doivent pas être déclarés coupables lorsque les circonstances n'auraient pas donné lieu à une contravention à la loi si elles avaient été comme le prévenu pensait qu'elles étaient. Dans la mesure où les erreurs honnêtes mais déraisonnables sont tenues pour exonératoire à l'égard de la *mens rea* criminelle, il faut également tenir compte de celle-ci dans le cadre de la théorie de la proportionnalité. Les erreurs de jugement devraient également être traitées avec indulgence. Parfois, un stress terrible provoque des erreurs terribles et, dans la mesure où les motifs du prévenu étaient légitimes, le droit devrait reconnaître qu'on ne peut demander à ceux qui sont à l'épicentre d'une crise d'être toujours parfaitement au courant des faits.

Par conséquent, le libellé devrait exiger que le préjudice que l'on cherchait à éviter au moyen de la commission de l'acte criminel était considérablement plus grand que le préjudice que l'on cherchait à créer. Il s'agit-là d'une norme composite subjective et objective : les intentions subjectives du prévenu sont pesées et le jury décide, au moyen de critères objectifs, si le résultat recherché était proportionnel.

La faute préalable et la disponibilité de la défense

Le fondement théorique des défenses de contrainte et de choix entre plusieurs maux est que le prévenu n'est pas coupable moralement, parce qu'il a été victime de circonstances sur lesquelles il n'avait aucune prise. Il est donc logique d'empêcher un défendeur d'invoquer une défense de contrainte ou de choix entre plusieurs maux si celui-ci a joué un certain rôle dans la création des circonstances qui ont provoqué la contrainte. L'article 17 actuel interdit la défense de contrainte lorsque le prévenu a pris part à un complot ou à une association dans le cadre desquels il a été assujetti à la contrainte. La common law refuse également la défense de nécessité à ceux qui sont responsables de leur propre infortune. Au regret du Groupe de travail sur la partie générale, la CRDC n'a proposé aucune disposition à l'égard de la faute préalable. Le Groupe de travail voudrait qu'une nouvelle disposition sur la contrainte reflète l'article 17, bien qu'il ne fasse aucune mention du problème dans son projet d'article sur la nécessité.

Le projet de l'ALI sur la faute préalable donne une réponse de principe au problème de la faute préalable : on ne peut invoquer une défense si l'on s'est exposé témérairement, ou négligemment (si la négligence constitue un élément psychologique suffisant pour servir de fondement à l'infraction dont on est accusé), à la possibilité d'être contraint.¹¹⁹

¹¹⁹ *Supra*, note 23, à l'art. 2.09. Le libellé de la contrainte par l'ALI contient la disposition suivante :

«La défense autorisée par le présent article n'est pas disponible si l'auteur s'est mis témérairement dans une situation dans laquelle il était probable qu'il serait assujetti à la contrainte. La défense n'est pas non plus disponible si l'auteur a été négligent en se plaçant lui-même dans une telle situation, lorsque la négligence suffit pour fonder la culpabilité à l'égard de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation.»

La justification ou l'excuse

Les actes du prévenu doivent-ils être excusés, ou bien justifiés? Dans le premier cas, nous désapprouvons ce qu'il a fait mais nous pouvons comprendre les forces qui l'ont obligé à agir de cette manière; alors que dans le second cas, nous approuvons entièrement les résultats - comme étant conformes à l'esprit de la loi - même s'ils contreviennent à la lettre du *Code criminel*.

L'ALI considère le choix entre plusieurs maux comme une justification : la CRDC n'était pas certaine de ce qu'il fallait faire, et elle a placé la contrainte et la nécessité dans une section intitulée «Les justifications et les excuses». Le Groupe de travail sur la partie générale a convenu avec M. le juge Dickson, dans l'arrêt Perka, que nous ne pouvons, en droit, accepter qu'aucune valeur transcende celles qui font partie de la loi et que, par conséquent, la conduite criminelle ne peut jamais être justifiée.¹²⁰

En ce qui concerne l'argument de l'arrêt Perka, il semble plus approprié de concevoir, dans certaines circonstances, la reconnaissance d'une justification comme la reconnaissance du fait que, parfois, l'esprit de la loi est mieux respecté lorsque les dispositions de celle-ci sont ignorées. Il ne s'agit pas de reconnaître la supériorité de valeurs différentes de celles qui se trouvent dans le *Code criminel*. Il s'agit simplement de reconnaître que les valeurs qui se trouvent dans la loi sont parfois subverties par l'adhésion aveugle au libellé de la loi.¹²¹

¹²⁰ *Supra*, note 107, à la p. 248.

¹²¹ Dans l'arrêt Perka, deux arguments essentiels sont opposés à la reconnaissance d'une justification dans n'importe quelles circonstances : premièrement, aucun système de droit positif ne peut reconnaître un principe qui justifierait la désobéissance lorsqu'un prévenu pensait que la loi contrevanait à une valeur sociale plus élevée; deuxièmement, la reconnaissance d'une justification inviterait les tribunaux à outrepasser leurs fonctions légitimes en essayant de deviner les avantages relatifs que le législateur a accordé aux diverses politiques sociales qui sous-tendent les interdictions de nature criminelle.

En réponse au premier argument, on peut noter qu'une justification n'est pas accordée simplement parce que le prévenu a cru qu'une valeur plus importante contrevanait à l'obéissance à la loi. Le tribunal doit évaluer la valeur des

Mais alors, qu'est-ce qui devrait être justifié? Le problème est simplifié en transformant la distinction entre la contrainte et la nécessité en distinction entre l'intérêt personnel et l'altruisme. Selon cette proposition, en règle générale, la contrainte devrait fournir une excuse : l'auteur décide de violer la loi pour protéger ses propres intérêts, peut-être en causant un préjudice aux intérêts des innocents. Nous pouvons penser qu'une conduite morale supérieure nous obligera à accepter le destin et à ne pas causer de tort à la société; mais dans certaines circonstances, nous n'insisterons pas sur la sainteté de la conduite. Toutefois, l'acte criminel est justifié dans les cas extrêmes de la proportionnalité, lorsqu'on cherche à éviter la mort ou des blessures corporelles graves sans chercher à mettre en péril la vie ou la santé d'autrui. En aucune façon, on ne devrait être félicité d'avoir décidé de sacrifier sa vie ou sa santé pour éviter la commission d'une infraction relativement mineure à la loi, comme par exemple une infraction contre les biens.

perceptions subjectives du prévenu, puis décider si la désobéissance aurait été la meilleure forme de conduite si celui-ci avait atteint ce qu'il voulait accomplir.

Le deuxième argument de M. le juge Dickson peut être contredit par deux raisonnements : premièrement, les tribunaux ne reconnaissent pas, d'une manière générale, une justification à la désobéissance dans un certain cas parce que la politique sociale qui sous-tend la loi qui a fait l'objet d'une contravention est contestée. Si l'excès de vitesse est justifié alors qu'il était nécessaire pour sauver une vie, la politique générale qui consiste à établir des limites de vitesse n'est pas condamnée, mais on reconnaît qu'une autre politique sociale inhérente à la loi (la protection de la vie) était en jeu et était plus importante. En permettant une défense, le *Code criminel* reconnaît qu'en certaines circonstances, les politiques légales se contredisent et que les valeurs les plus fondamentales qu'il cherche à encourager sont effectivement subverties par une adhésion aveugle à son libellé.

De plus, si le tribunal décide, dans un rare cas, qu'une loi ne peut jamais être obéie sans que cela fasse plus de mal que de bien, alors la loi elle-même a échoué à l'examen de la proportionnalité. On peut présumer que le Parlement a fait une erreur. Si le rôle des tribunaux n'est pas de décider cela, on peut se demander à quoi sert l'application de la *Charte des droits et libertés*. Il est clair que, dans notre système, l'évaluation des qualités relatives des politiques sociales qui sous-tendent la loi est sans aucun doute un rôle des tribunaux. Il est étrange de voir l'auteur du critère Oakes dire le contraire.

Le choix entre plusieurs maux met en oeuvre une intervention pour éviter un préjudice à autrui et, d'une manière générale, il devrait offrir une justification. Le passant qui a le choix de ne rien faire et qui décide d'intervenir et de prendre le risque d'être sanctionné pénalement pour minimiser le préjudice subi par l'ensemble de la société, n'a pas choisi la voie la plus facile. Cet acte devrait être justifié, pourvu que le prévenu ait eu l'intention d'obtenir un résultat qui satisfaisait le critère objectif de la proportionnalité.

Toutefois, la proportionnalité ne peut offrir toujours une réponse. Nous pouvons regretter de justifier des actes qui tuent un innocent ou qui portent préjudice à celui-ci, même si l'on peut prouver que ces actes étaient nécessaires pour empêcher un préjudice beaucoup plus grand.

La justification ne peut être obligatoire chaque fois qu'il y a proportionnalité, parce qu'il n'y a aucun moyen de prévoir toutes les circonstances qui peuvent se produire et parce que le fait de causer la mort ou un préjudice corporel sérieux est qualitativement différent de la commission d'infractions moindres comme la destruction de biens.¹²² Comme toujours, le seul choix possible consiste à introduire de la flexibilité dans le libellé et à faire confiance au juge des faits pour évaluer convenablement les circonstances de l'espèce.

Un projet de dispositions

La contrainte

- 1) Dans le présent article, un «préjudice» comprend un préjudice psychologique.

¹²² Il est toujours possible d'imaginer un scénario de cauchemar horrifiant, qui satisfait en même temps le critère. Thomas Morawetz donne l'exemple d'une médecin qui sacrifie un patient en bonne santé pour transplanter huit organes dans huit autres patients qui seraient autrement décédés certainement. Thomas Morawetz, "Reconstructing Criminal Defenses: The Significance of Justification" (1986), 77(2) J. Crim. Law & Criminology 277, à la p. 295.

- 2) La contrainte peut servir de défense contre la commission de n'importe quelle infraction, quelle qu'en soit la gravité. Un prévenu est réputé avoir agi sous la contrainte s'il a été menacé personnellement de mort ou de la possibilité de dommages sérieux à ses biens, que le péril ait découlé de menaces humaines ou bien des circonstances; et
- a) le prévenu a agi sous la conviction que la commission de l'infraction était nécessaire pour empêcher le préjudice ou les dommages imminents;
 - b) la menace portait sur un préjudice ou des dommages immédiats ou, sinon, d'une nature telle que le prévenu pensait raisonnablement que le recours aux autorités n'empêcherait pas le préjudice ou des dommages; et
 - c) aucune alternative légale raisonnable et raisonnablement apparente n'aurait pu empêcher le préjudice ou les dommages.
- 3) Si le prévenu a causé sciemment ou témérairement la mort ou un préjudice grave à un tiers, ou bien tenté de causer la mort ou un préjudice grave à un tiers, la défense de nécessité ne peut être invoquée si la seule contrainte était une menace de dommages aux biens. Dans les autres cas dans lesquels la mort ou un préjudice grave a été causé sciemment ou témérairement, le juge des faits décide si la défense de contrainte, le cas échéant, devrait constituer
- a) une excuse complète,
 - b) si la mort a été causée, une excuse partielle donnant lieu à la réduction de l'accusation du meurtre à l'homicide involontaire coupable,
 - c) si un préjudice sérieux a été causé, une excuse partielle donnant lieu à une sentence représentant la moitié de celle qui serait normalement appliquée à une déclaration de culpabilité de l'infraction qui a fait l'objet de l'accusation; ou bien
 - d) aucune excuse.
- 4) Dans tous les autres cas, la contrainte constitue une excuse complète si le préjudice ou les dommages que le prévenu a voulu éviter sont nettement plus graves que le préjudice ou les dommages que le prévenu cherchait à causer au moyen de l'acte illicite. Par exception, la défense offre une justification complète si le prévenu cherchait à éviter la mort ou un préjudice sérieux.

- 5) La contrainte ne peut être invoquée en défense si le prévenu a créé témérairement les circonstances dans lesquelles la contrainte était probable, ou bien si celui-ci a créé négligemment les circonstances dans lesquelles la contrainte était probable, lorsque la négligence suffit pour justifier la culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est accusé.

Choix entre plusieurs maux

- 1) Dans le présent article, «préjudice» comprend le préjudice psychologique.
- 2) Le choix entre plusieurs maux peut servir de défense contre la commission de n'importe quelle infraction, quelle qu'en soit la gravité. Un prévenu est réputé avoir été obligé de choisir entre plusieurs maux s'il a agi pour empêcher la commission d'un homicide ou de blessures graves à des tiers, ou la commission de dommages sérieux aux biens de tiers, et
 - a) le prévenu a agi sous la conviction que la commission de l'infraction était nécessaire pour empêcher le préjudice ou les dommages imminents;
 - b) la menace portait sur un préjudice ou des dommages immédiats ou, sinon, d'une nature telle que le prévenu pensait raisonnablement que le recours aux autorités n'empêcherait pas le préjudice ou des dommages; et
 - c) aucune alternative légale raisonnable et raisonnablement apparente n'aurait pu empêcher le préjudice ou les dommages.
- 3) Si le prévenu a causé sciemment ou témérairement la mort ou un préjudice grave à un tiers, ou bien tenté de causer la mort ou un préjudice grave à un tiers, la défense de choix entre plusieurs maux ne peut être invoquée si la seule contrainte était une menace de dommages aux biens.
- 4) Lorsque le prévenu a causé sciemment ou témérairement la mort ou un préjudice sérieux, ou a essayé de causer la mort ou un préjudice sérieux, le juge des faits peut décider que le choix entre plusieurs maux constitue une justification complète si le préjudice que le prévenu désirait éviter était nettement plus grave que le préjudice que celui-ci désirait causer. Alternativement, dans tous les autres cas où le prévenu a causé sciemment ou témérairement la mort ou un préjudice sérieux, ou tenté de causer la mort ou un préjudice sérieux, le juge

des faits décide si le choix entre plusieurs maux, le cas échéant, devrait constituer

- a) une excuse complète,
 - b) si la mort a été causée, une excuse partielle donnant lieu à la réduction de l'accusation du meurtre à l'homicide involontaire coupable;
 - c) si un préjudice grave a été causé, une excuse partielle donnant lieu à une sentence de moitié inférieure à celle qui serait normalement appliquée à une infraction qui a fait l'objet de la déclaration de culpabilité; ou
 - d) aucune excuse.
- 5) Dans tous les autres cas, le choix entre plusieurs maux constitue une justification complète si le préjudice ou les dommages que le prévenu a voulu éviter sont nettement plus graves que le préjudice ou les dommages que le prévenu cherchait à causer au moyen de l'acte illicite.
- 6) Le choix entre plusieurs maux ne peut être invoqué en défense si le prévenu a créé témérairement les circonstances dans lesquelles la contrainte était probable, ou bien si celui-ci a créé négligemment les circonstances dans lesquelles la contrainte était probable, lorsque la négligence suffit pour justifier la culpabilité à l'égard de l'infraction dont il est accusé.

LA PROVOCATION ET LA PARTIE GÉNÉRALE

Scott Bomhof

La littérature révèle deux théories principales de la provocation. La première, qu'on appelle habituellement la théorie subjective, a sa place dans un système de culpabilité et de défenses comme la Partie générale. La deuxième, qu'on appelle la théorie objective, ne se fond pas - logiquement - dans la Partie générale. En étudiant la raison d'être de chacune des deux théories, leur application dans les systèmes juridiques canadien et américains, et les méthodes alternatives de contrôle de la provocation, nous développerons un cadre général préféré pour une théorie de la codification.

Il est difficile de définir la provocation, étant donné que celle-ci est envisagée sous de nombreux points de vue différents dans des juridictions différentes. Le présent article insistera sur la nécessité de différencier les procédures policières acceptables et inacceptables en ce qui concerne la prévention de la criminalité. L'application de la loi devient la provocation quelque part au long du vecteur de la conduite policière, bien que le point exact de divergence soit difficile, sinon même impossible, à localiser. La Commission de réforme du droit de Grande-Bretagne définit avec imprécision la provocation comme «la participation d'informateurs ou d'agents de police à la commission d'une infraction, dans le but d'en appréhender les véritables auteurs criminels». ¹²³ Bien que cette définition soit très générale, elle aide à révéler l'aspect important que constitue la conduite policière dans la création d'une acte criminel.

La théorie subjective

Le développement de la défense de provocation a été dirigé par la Cour suprême des États-Unis. C'est dans la jurisprudence de ce tribunal que la théorie subjective est la plus remarquable. Ici, on

¹²³ Commission de réforme du droit de la Grande-Bretagne, Criminal Law : Report on Defences of General Application (Rapport n° 83), London, Her Majesty's Stationery Office, 1987.

met l'accent sur la culpabilité du prévenu, ce qui est compatible avec la Partie générale. Deux tendances jurisprudentielles portent sur la notion de provocation. Les deux arrêts anciens Sorrells v. United States¹²⁴ et Sherman v. United States¹²⁵ portaient tous les deux sur l'arrestation d'un individu qui avait participé à des crimes consensuels et, dans les deux décisions, les méthodes d'enquête policières ont été contestées. Dans les deux arrêts, le tribunal n'a rendu que des avis concordants et il semblait se concentrer sur la prédisposition du prévenu ainsi que sur le caractère approprié de la conduite de la police. Le tribunal a décidé que la défense découlait d'une interprétation d'une loi plutôt que de l'objectif général qui consiste à protéger l'administration de la justice.¹²⁶ Le fait de mettre l'accent principalement sur la culpabilité visait à jeter les fondements de l'adoption d'un test purement subjectif dans la jurisprudence ultérieure. Dans la deuxième tendance jurisprudentielle, qui est constituée de décisions américaines plus récentes, la division au sein de la Cour quant à la théorie correcte de la provocation est devenue très visible. Dans les arrêts Russell v. United States¹²⁷, Hampton v. United States¹²⁸ et Mathews v. United States¹²⁹, un tribunal plus conservateur a commencé à étayer la portée de la défense et a limité le critère à une analyse purement subjective de la prédisposition du prévenu. Les éléments fondamentaux de la défense de provocation qui sont reconnus par la Cour suprême des États-Unis ont été énoncés par la majorité dans l'arrêt Mathews :

«l'encouragement du crime par le gouvernement et l'absence de prédisposition de la part du défendeur à s'engager dans la conduite criminelle ... en général, [la] question de la provocation doit être laissée à l'appréciation du jury». ¹³⁰

¹²⁴ (1932), 287 U.S. 435.

¹²⁵ (1958), 356 U.S. 369.

¹²⁶ *Supra*, note 124, à la p. 439.

¹²⁷ (1973), 411 U.S. 423.

¹²⁸ (1976), 425 U.S. 484.

¹²⁹ (1988), 485 U.S. 58.

¹³⁰ *Ibid.*, à la p. 63.

Clairement, l'attention est concentrée sur l'intention du prévenu, alors que la défense anéantit la *mens rea* à cause de l'encouragement offert par des acteurs du gouvernement.

Les problèmes soulevés par un critère purement subjectif ont été étudiés minutieusement par les opinions discordantes dans ces arrêts. Dans l'arrêt Sorrells, M. le juge Frankfurter a souligné qu'en mettant l'accent sur la prédisposition, qui est fréquemment liée à une activité criminelle antérieure, la police peut créer de nouveaux crimes dans la mesure où ceux-ci mettent en jeu des habitués du crime.¹³¹ Le prévenu est alors obligé de soulever lors du procès la question de sa réputation antérieure. La théorie subjective a également été critiquée parce qu'elle n'anéantit la *mens rea* que lorsque l'encouragement provient d'auteurs qui font partie du gouvernement, et que la défense n'est pas disponible lorsque ce sont des auteurs qui ne font pas partie du gouvernement qui offrent les encouragements.¹³² Ces défauts rendent la formulation subjective de la défense logiquement inacceptable.

La théorie objective

À mesure que l'insatisfaction croissait du fait de l'utilisation d'un critère subjectif, un certain nombre d'universitaires ont demandé l'introduction d'un élément objectif dans la provocation.¹³³ Aux États-Unis, l'American Law Institute

¹³¹ *Supra*, note 125, à la p. 383.

¹³² L.G. Webster, "Building A Better Mousetrap: Reconstructing Federal Entrapment Theory From Sorrells to Mathews" (1990), 32 Arizona L.R. 605, à la p. 627. Voir aussi Mack v. R. (1988), 44 C.C.C. (3d) 513, à la p. 546 (C.S.C.).

¹³³ Voir : Webster, *ibid.*, à la p. 607; M.F.J. Whelan, "Lead Us Not Into (Unwarranted) Temptation: A Proposal to Replace the Entrapment Defense with a Reasonable-Suspicion Requirement" (1985), 133 U. Pa. L.R. 1193; P.H. Robinson, "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis" (1982), 82 Col. L.R. 199, à la p. 236; D. Lanham, "Entrapment, Qualified Defences and Codification" (1984), 4 Oxford J. of Legal Studies 437.

et la Commission nationale américaine sur la réforme du droit fédéral [United States National Commission on Reform of the Federal Law (la Commission Brown)] ont proposé l'adoption de règles qui mettent l'accent sur la conduite de la police plutôt que sur la prédisposition du prévenu.¹³⁴

Les éléments fondamentaux du critère objectif peuvent être généralisés sous quatre rubriques. La recherche se concentre sur la participation du gouvernement à la commission de l'infraction. Cette participation doit être évaluée au moyen d'un critère externe de raisonnableté. La recherche ne porte que sur les accusations criminelles actuelles, et non pas sur la conduite antérieure.¹³⁵

L'interprétation canadienne de la provocation

Les tribunaux canadiens n'ont pas reconnu spontanément la légalité de la défense de provocation. Plutôt, ils y sont arrivé au moyen d'une interprétation fragmentaire des opinions savantes et des recommandations de réforme. La nécessité de la défense a été soulignée par implication dans des arrêts anciens comme Kirzner c. R.¹³⁶, dans lequel la Cour suprême du Canada a noté l'importance de l'utilisation de l'infiltration policière dans la commission de crimes consensuels.

¹³⁴ La Commission Brown a défini la provocation comme [Traduction libre] «le fait qu'un fonctionnaire responsable de l'application de la loi induise la commission d'une infraction, en utilisant la persuasion ou d'autres moyens capables de faire commettre l'infraction par un individu qui respecte habituellement la loi». Voir : Commission nationale américaine sur la réforme du droit pénal fédéral (United States National Commission on Reform of Federal Criminal Law), Study Draft of a New Federal Criminal Code, Washington, U.S. Government Printing Office, 1970. Voir aussi, *supra*, note 23, art. 2.19.

¹³⁵ Webster, *supra*, note 132, à la p. 618. Voir aussi Stober, Entrapment in Canadian Criminal Law, Toronto, Carswell, 1985, à la p. 65.

¹³⁶ (1977), 38 C.C.C. (2d) 131, à la p. 136 (C.S.C.).

C'est dans l'arrêt Amato c. R.¹³⁷ que la Cour suprême a reconnu pour la première fois la défense de provocation, mais dans la décision de la minorité. Dans une dissidence convaincante, M. le juge Estey a énoncé le cadre de la défense de provocation : la commission de l'infraction doit avoir été incitée par la police, le prévenu doit avoir été pris au piège de la conduite policière, et la réunion de ces éléments provoque une suspension de l'instance et non pas un acquittement.¹³⁸ Ce n'est que cinq ans plus tard que la majorité de la Cour suprême du Canada a reconnu la défense pour la première fois. Dans l'arrêt Mack c. R.¹³⁹, la théorie objective du juge Estey dans l'arrêt Amato a été réunie à un second critère subjectif, pour créer une approche hybride qui a maintenant force de loi au Canada.¹⁴⁰ Plutôt que demander si le prévenu avait la prédisposition nécessaire pour commettre l'infraction, le premier critère de l'arrêt Mack demande si la police soupçonnait raisonnablement que le prévenu était déjà engagé dans une conduite criminelle, ou bien si la police était engagée dans une enquête sincère.¹⁴¹ C'est dans la deuxième partie du critère qu'un élément objectif est utilisé pour modérer l'étude objective de la conduite policière. À cette étape, la police ne doit pas faire davantage qu'offrir la possibilité de commettre l'infraction, ni induire effectivement la commission de l'infraction, mais plutôt agir dans le cadre d'un soupçon raisonnable ou d'une enquête sincère. Pour décider si la police a franchi cette limite imprécise, la Cour suprême a décidé d'utiliser le critère de la personne raisonnable. Il faut décider «si cette conduite [de la police] aurait amené l'individu moyen, dans la position de

¹³⁷ (1983), 69 C.C.C. (2d), à la p. 31.

¹³⁸ *Ibid.*, aux pp. 61 et 75.

¹³⁹ *Ibid.*, à la p. 132.

¹⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 513.

¹⁴¹ *Ibid.*, à la p. 522.

l'inculpé, ... à commettre le crime». ¹⁴² Cette ligne de démarcation entre la conduite acceptable et la conduite inacceptable se trouve là où l'administration de la justice serait discréditée.

La décision canadienne la plus récente sur la question de la provocation est l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Barnes c. R. ¹⁴³, qui portait principalement sur la première partie du critère énoncée dans l'arrêt Mack. En l'instance, la Cour a rejeté la défense de provocation parce que la police effectuait une enquête sincère sur le trafic de stupéfiants dans six quartiers d'un mail piétonnier. ¹⁴⁴ Il est intéressant de noter que l'agent en civil qui avait demandé des stupéfiants au prévenu n'avait aucun soupçon raisonnable du fait que celui-ci était un trafiquant de stupéfiants. La grande latitude accordée à la police pour entreprendre une enquête sincère semble limiter sévèrement la portée du critère sous son libellé original.

Le changement d'orientation de la majorité en faveur d'une interprétation plus restrictive de la défense de provocation est souligné par l'opinion dissidente de Mme le juge McLachlin, qui a mis l'accent sur les circonstances entourant l'accusation. Étant donné le caractère mineur de l'infraction, l'étendue très vaste de la zone dans laquelle la police effectuait son enquête, et le nombre élevé d'innocents dans les droits seraient probablement violés par une telle enquête, Mme le juge McLachlin a conclu que la conduite de la police avait outrepassé les limites des méthodes acceptables. ¹⁴⁵ La largeur des vues énoncées dans cette dissidence semble peu compatible avec la justification de la défense de provocation énoncée dans l'arrêt Mack.

¹⁴² *Ibid.*, à la p. 555.

¹⁴³ (1991), 63 C.C.C. (3d) 1.

¹⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 6.

¹⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 29.

Quelle est la place de la provocation dans le régime général du droit criminel canadien? La défense n'a pas été développée dans le cadre actuel de la Partie générale du *Code criminel*, qui permet de continuer à invoquer les défenses de common law.¹⁴⁶ Plutôt, la Cour suprême a choisi de traiter cette défense comme étant autonome des défenses de common law, étant donné qu'elle se fonde sur les pouvoirs généraux des juges d'empêcher l'abus du processus judiciaire.¹⁴⁷

On peut aussi distinguer clairement la défense de provocation des défenses qui excusent ou qui justifient les actes du prévenu. La justification peut être définie comme le choix entre deux maux, lorsque le choix d'un moindre mal – même interdit par la loi – peut être pardonné parce qu'on a évité le pire. Une excuse s'appuie sur l'existence de circonstances qui indiquent qu'un auteur n'est pas responsable de ses actes.¹⁴⁸ La provocation peut être rapprochée de ces deux catégories de défenses, mais elle possède de son propre chef de nombreuses qualités qui l'en différencient.

C'est parmi les défenses d'ordre public qu'il est le plus intéressant de ranger la provocation. La justification de la provocation correspond le mieux à celle des défenses comme la double incrimination et la prescription. Ici, l'accent n'est pas mis sur la culpabilité du prévenu, mais plutôt sur les valeurs qui contrebalaient le contrôle de la criminalité.¹⁴⁹ Cette qualification va de pair avec l'argument selon lequel la Partie générale du *Code criminel* n'est pas l'endroit qui convient pour une défense de provocation étant donné que, pour que ce soit le cas, la défense devrait porter sur les éléments de l'acte criminel.

Les théories alternatives

Certains universitaires plaident contre toute reconnaissance de la défense de provocation, étant donné que celle-ci permet à un prévenu qui est coupable selon les faits, d'échapper à une

¹⁴⁶ L.R.C. (1985), chap. 46, par. 8(3).

¹⁴⁷ Voir Mack, *supra*, note 132, à la p. 525.

¹⁴⁸ Robinson, *supra*, note 133, aux pp. 213 et 221.

¹⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 230.

déclaration de culpabilité. Dans le modèle subjectif, ce fait est exaspéré par l'acquittement réel du prévenu. Toutefois, dans le modèle objectif, la déclaration de provocation ne donne pas lieu à un acquittement mais plutôt à une suspension de l'instance. Bien que cela mette effectivement fin aux poursuites, cela ne donne pas lieu à une conclusion que l'infraction n'a jamais été commise. Dans cet ordre d'idées, il serait possible d'étudier la création d'une déclaration de «culpabilité sous réserve de provocation», grâce à laquelle la culpabilité serait reconnue mais aucune condamnation ne serait imposée.

Il y a plusieurs alternatives à la reconnaissance d'une défense de provocation. Au Royaume-Uni, le rejet de la défense de provocation a donné lieu à une théorie alternative qui consiste à utiliser la preuve de la provocation comme facteur d'atténuation dont le juge doit tenir compte au moment de la détermination de la peine. Bien que cette option soit attrayante comme solution moyenne tenant compte de la provocation, elle ne protège pas l'intégrité du système judiciaire. Le prévenu provoqué est quand même déclaré coupable et la conduite de la police n'est pas censurée.

Dans le contexte canadien, cette méthode de traitement de la provocation pose aussi beaucoup de problèmes, car de nombreuses infractions font toujours l'objet de sentences minimales. Pour que cette approche soit appliquée, il serait nécessaire d'abroger les sentences minimales obligatoires. Bien que cela ait été suggéré dans de nombreuses recommandations de réforme, cela n'a pas encore été fait.¹⁵⁰ Cependant, l'adoucissement de la condamnation pourrait être utile, de pair avec une défense procédurale de provocation, lorsque la preuve était insuffisante pour démontrer un niveau de provocation qui justifie la suspension de l'instance, mais suffisante pour que le juge sente le besoin d'adoucir la sentence.

¹⁵⁰ Société canadienne de criminologie, Toward a New Criminal Law : A Brief to the Law Reform Commission of Canada, Ottawa, la Société, 1973, à la p. 27.

L'ère de la *Charte* a ouvert la voie à des approches créatives pour régir l'activité policière, notamment en matière d'exclusion de la preuve obtenue en contravention avec les droits garantis par la *Charte*. Cette voie devrait être explorée davantage pour exclure la preuve obtenue au moyen de la provocation, mais il semble qu'actuellement elle soit peu utile pour protéger la réputation de l'administration de la justice. Bien que la preuve puisse être exclue en application de l'article 24 de la *Charte*, il est nécessaire que la conduite de la police ait préalablement contrevenu à un droit ou à une liberté garanti par la *Charte*. Étant donné qu'il n'existe pas de droit de ne pas être encouragé à commettre un acte criminel, l'application de l'article 24 est limitée. Cela pose également le problème de l'absence de création de preuve par la provocation, qui ne fait que découvrir une preuve réelle. Par conséquent, il y a bien peu de preuve que le tribunal puisse exclure, ce qui rend cette approche peu utile pour l'individu provoqué ou pour la protection de la réputation du système judiciaire.¹⁵¹ Par conséquent, l'exclusion de preuves obtenues par provocation ne constitue pas une alternative suffisante, ni utilisable, à la codification de la défense de provocation.

Un autre moyen indirect de contrôler la provocation est le contrôle de l'activité policière. Au moyen de directives destinées à la police et d'accusations civiles et pénales contre l'auteur de la provocation, on peut essayer de faire ce qui pourrait être mieux fait directement au moyen de la codification de la défense de provocation. La Commission de réforme du droit de la Grande-Bretagne a indiqué que l'utilisation de la responsabilité pénale constitue le meilleur moyen de contrôler la conduite policière.¹⁵² Cependant, aucune preuve empirique ne démontre que ces moyens

¹⁵¹ M.L. Friedland, "Controlling Entrapment" (1982). 32 U.T.L.J. 1, à la p. 22.

¹⁵² *Supra*, note 123, à la p. 68. Ces directives tentent de contrôler l'activité policière en définissant d'une manière générale des limites de la conduite autorisée et en imposant des méthodes raisonnables pour l'utilisation d'agents secrets.

de contrôle sont efficaces, et encore moins s'ils sont jamais utilisés.¹⁵³ Étant donné les limites importantes de cette méthode de contrôle de la provocation par rapport aux avantages d'une défense codifiée, les avantages de s'appuyer sur une défense codifiée - grâce à laquelle le résultat de l'abus de procédure est facilement apparent pour la police et le tribunal peut contrôler la portée de son propre système - l'emportent sur tous les avantages possibles de moyens de contrôle indirects.

Un projet de législation

Voici un projet de législation qui s'appuie sur la protection de l'intégrité de la justice comme fondement d'une défense codifiée de provocation.

1. Une suspension d'instance peut [doit] être ordonnée si le prévenu démontre, par la prépondérance de la preuve, que la police ou un agent de police :
 - (1) a donné au prévenu l'occasion de commettre l'infraction dont il est accusé :
 - (a) sans avoir de motif raisonnable de suspecter que le prévenu était déjà engagé dans une activité criminelle ou
 - (b) sans être engagé dans une enquête policière sincère, ou
 - (2) tout en agissant sur la base d'un soupçon raisonnable, a fait davantage que fournir simplement une occasion, et induit effectivement la commission de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation, d'une manière qui discrédite l'administration de justice.
2. Pour décider si la conduite de la police discréditait l'administration de la justice, le juge tient compte de toutes les circonstances pertinentes [y compris la prédisposition de l'accusé].
- [3. Si l'accusé soulève la défense de provocation mais la preuve ne satisfait pas les exigences du paragraphe 1, le juge peut quand même étudier la preuve de provocation pour adoucir la peine du prévenu qui a été trouvé coupable.]

¹⁵³ Voir, *supra*, note 150, à la p. 28; et M.L. Friedland, "Controlling the Administrators of Criminal Justice" (1989), 31 Crim. L.Q. 280, à la p. 281.

Commentaires du projet de législation

Le projet de législation est clairement formulé selon la théorie objective proposée dans le présent article. Le libellé fournit une interprétation alternative possible qui tente de réorienter la recherche. Cependant, le texte principal tente de codifier l'interprétation actuelle de la défense au Canada. Les éléments de procédure seraient conformes à ceux qui ont été expliqués plus tôt à l'égard d'une approche objective, et comprennent l'obligation que le juge se penche sur la possibilité de provocation. Cela permettrait que la norme de conduite raisonnable soit une question de droit, et permettrait au juge de décider si la conduite étudiée était suffisante pour jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Le fardeau de la preuve repose sur le prévenu, selon la prépondérance de la preuve, et la défense ne pourrait être invoquée qu'après la preuve des éléments de l'acte criminel au-delà de tout doute raisonnable.

Un problème important en ce qui concerne la codification d'une défense de provocation consiste à indiquer les catégories d'infractions relativement auxquelles la défense sera permise. Le Code pénal modèle et le rapport du comité Ouimet contiennent des recommandations selon lesquelles il devrait être impossible d'invoquer la défense lorsque le fait de causer ou de menacer de causer des blessures corporelles fait partie de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation.¹⁵⁴ Toutefois, étant donné la large mesure d'autonomie que le projet de législation laisse au juge, il ne devrait pas être nécessaire d'imposer de telles limites à l'application de la défense. Lorsqu'il étudie les circonstances pertinentes, le juge peut étudier l'existence de blessures corporelles, ou la menace de telles blessures, et tenir compte de celles-ci dans son analyse de la défense.

Conformément au Code pénal modèle, le fardeau de preuve imposé au prévenu est la prépondérance de la preuve. Ce fardeau n'est pas injuste et ne contreviendrait donc pas à la Charte, étant donné que la Couronne doit déjà prouver tous les éléments de l'infraction avant que la défense puisse être invoquée.

¹⁵⁴ Voir, *supra*, note 23. Voir aussi, *supra*, note 150.

Conclusion

La provocation peut être étudiée sous de nombreux angles différents, mais une seule analyse est compatible avec la priorité canadienne à l'égard de la prévention de l'abus du processus judiciaire. À l'époque actuelle de la *Charte*, qui met l'accent sur la protection de la réputation de l'administration de la justice et des droits individuels, la théorie objective de la provocation représente le mieux les valeurs fondamentales de notre système. Cependant, ce libellé ne tombe pas dans le cadre des «défenses» selon la partie générale du *Code criminel*. Cette défense cadre bien dans le régime de procédure qui constitue l'armature de notre droit criminel.

LA TENTATIVE ET LE COMPLÔT
Brian Grant

La tentative

Les trois principaux problèmes créés par l'état actuel du droit relatif à la tentative sont : 1) la justification de l'absence d'une défense d'abandon de l'intention; 2) la distinction entre les actes de préparation et les actes de tentative; et 3) le traitement efficace des diverses catégories d'impossibilité. Toutefois, au moyen des principes directeurs que constituent la modération, la clarté et la justice, il est possible de distiller les éléments utiles de projets de réforme divers, de manière à rédiger une disposition cohérente en matière de tentative.

Notre point de départ pour cet exercice est la recommandation faite par l'American Law Institute dans l'article 5.01 de son Code pénal modèle.¹⁵⁵ La structure de cet article convient à nos objectifs, même si les par. 2 et 3 de celui-ci contiennent bien des détails inutiles.

¹⁵⁵ *Supra*, note 23.

Article 5.01. Tentative criminelle.

(1) **Définition de la tentative.** Est coupable d'une tentative de commettre un crime celui qui, en agissant avec le degré de culpabilité qui est autrement nécessaire pour commettre le crime,

a) s'engage sciemment dans une conduite qui constituerait le crime si les circonstances connexes étaient telles que l'auteur les croyait; ou

b) lorsque le fait de causer un résultat particulier constitue un élément du crime, fait ou ne fait pas quelque chose dans le but de causer, ou en croyant que cela causera, ce résultat sans autre conduite de sa part; ou

c) sciemment, fait ou ne fait pas quelque chose qui, dans les circonstances qu'il croit exister, constitue un acte ou une omission qui représente une étape importante dans une conduite qui vise ultimement la commission du crime.

(2) **Étape importante en application de l'alinéa (1)c).** La conduite ne constitue pas une étape importante en application de l'alinéa (1)c) du présent article, à moins qu'elle corrobore fortement le dessein criminel de l'auteur ...

Premièrement, il énonce une défense claire et juste de la renonciation au dessein criminel.¹⁵⁶ Le projet de Code de la Commission de réforme du droit du Canada ne fait aucunement mention de cette défense¹⁵⁷, mais le document de travail 45 de la CRDC recommande qu'elle ne soit pas reconnue au Canada.¹⁵⁸ Cela peut être compatible avec l'état actuel du droit au Canada, mais cela ne veut pas dire qu'il s'agit de la meilleure attitude à adopter. De nombreux pays reconnaissent cette défense (comme la France et

(4) La renonciation au dessein criminel. Si la conduite de l'auteur constituait autrement une tentative en application des alinéas (1)b) ou (1)c) du présent article, celui-ci peut se défendre en affirmant qu'il a abandonné son effort pour commettre l'acte criminel, ou bien empêché autrement la commission de cet acte, dans des circonstances qui manifestent la renonciation complète et volontaire à son dessein criminel. Cependant, la preuve d'une telle défense n'a aucun effet sur la responsabilité d'un complice qui ne s'est pas rallié à cet abandon ou cette prévention.

Pour les fins du présent article, la renonciation au dessein criminel n'est pas volontaire si elle est motivée totalement ou partiellement par des circonstances qui n'étaient pas présentes ou apparentes au début de la conduite de l'auteur, qui accroissent la probabilité de détection ou d'arrestation ou qui rendent plus difficile l'accomplissement du dessein criminel. La renonciation est incomplète si elle est motivée par une décision de retarder la conduite criminelle jusqu'à un moment plus avantageux, ou bien de transférer l'effort criminel vers un objectif ou une victime différent mais semblable.

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 5.01(4).

¹⁵⁷ *Supra*, note 20, à la p. 45.

4(3) Tentative. Quiconque tente, au delà de la simple préparation, de commettre un crime est responsable de tentative pour commettre ce crime et est passible de la moitié de la peine prévue pour ce crime.

¹⁵⁸ Commission de réforme du droit du Canada, La responsabilité secondaire : Complicité et infractions inchoatives, document de travail 45, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985, par. 4(4), à la p. 50.

l'Allemagne) et de nombreuses situations de fait rendent son application nécessaire. Si la Commission est sérieuse à l'égard de sa politique de mesure en droit criminel¹⁵⁹, il semble difficile de justifier sa politique à l'égard de l'abandon d'intention. La CRDC prétend qu'on peut tenir compte de l'abandon lors de la procédure d'imposition de la peine, mais cela n'a lieu qu'après que l'imposition à un prévenu du stigmate de la responsabilité criminelle. Pourquoi une telle conséquence devrait-elle être imposée à quelqu'un qui a renoncé à son dessein criminel avant de causer un préjudice? Selon un modèle linéaire de la conduite criminelle, il semble que la «progression de la conduite criminelle» cesse lorsque l'auteur abandonne son dessein. À ce moment-là, il n'y a plus de possibilité de préjudice en fin de compte, et il ne peut donc exister, sur la progression, de point à partir duquel la préparation devient une tentative. Cependant, selon le projet de la CRDC, la défense n'existe pas. Par contre, l'ALI créée une telle défense au paragraphe 5.01(4).¹⁶⁰ Bien que le libellé de cette défense puisse être trop chargé pour les fins de la CRDC, il n'y a aucune raison de sacrifier des mots au détriment de la justice.

L'article de définition que projette l'ALI nous est également utile, bien que son effet sur le fond soit d'étendre trop loin la portée de la responsabilité criminelle. Les alinéas (1)a) et b) peuvent être transportés tels quels dans notre nouvel article, étant donné qu'ils satisfont nos inquiétudes à propos des règles actuelles en matière d'impossibilité. Ces dispositions effacent les différences entre les diverses catégories d'impossibilité et fondent plutôt la culpabilité sur la perception des circonstances.

¹⁵⁹ La page de couverture du rapport de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé Notre droit pénal, Ottawa, la Commission, 1976, porte le proverbe «plus de lois, plus de contrevenants». A la p. 31 de cet énoncé de politique, la Commission recommande «en ce qui concerne ces quatre aspects - la portée, la responsabilité, la procédure et la détermination de la peine - le maître-mot est la mesure».

¹⁶⁰ *Supra*, note 23.

Cependant, l'alinéa c) doit être modifié de manière à se conformer au point de vue canadien actuel en matière de responsabilité criminelle. Le critère d'«étape importante» de l'ALI, associé à l'obligation de corroboration importante, offre le danger de capturer un trop grand nombre d'activités innocentes dans le filet de la responsabilité pénale. Ni la CRDC, ni la Commission britannique de réforme du droit¹⁶¹, n'ont énoncé des critères qui évitent explicitement ce danger, mais la common law qui s'est développée dans ces deux pays a rétréci le champ de la responsabilité.

De plus, le critère de l'ALI nous laisse toujours aux prises avec le problème de définir clairement le seuil de la tentative criminelle. D'après les projets étudiés et la littérature connexe¹⁶², il semble qu'il n'existe tout simplement aucun critère qui indique ce seuil sans aucune erreur. Le mieux que nous puissions faire consiste à ajouter à nos recommandations certaines directives destinées aux tribunaux en ce qui concerne le critère convenable qui doit être appliqué. En l'absence de telles directives, la common law risquerait d'étendre la responsabilité criminelle au-delà de ce que souhaite le législateur. Actuellement, le critère canadien énoncé dans l'arrêt Deutsch¹⁶³ satisfait notre intuition en ce qui concerne le seuil de la tentative dans le cours d'une conduite criminelle. Le critère combine une obligation d'«étape importante» avec celle de la proximité suffisante, pour produire des directives qui sont plus appropriées et mesurées que celles de l'ALI.

¹⁶¹ *Supra*, note 24.
Projet de la Commission britannique de réforme du droit

«49(1) Celui qui, tout en ayant l'intention de commettre une infraction punissable par une mise en accusation, commet un acte qui constitue davantage qu'une simple préparation pour la commission de l'infraction, est coupable d'une tentative de commettre cette infraction.»

¹⁶² Voir, *supra*, note 20, à la p. 45; *supra*, note 23, à la p. 329; R. c. Deutsch (1986), 52 C.R. (3d) 305 (C.S.C.), à la p. 322 (M. le juge Le Dain).

¹⁶³ R. c. Deutsch, *ibid.*, à la p. 323.

Il est difficile de préciser une pénalité en cas de déclaration de culpabilité de tentative. Par nature, les accusations de tentative peuvent être portées à divers moments au cours d'une conduite criminelle, après que des actes aient eu lieu en nombre infini. La police peut intervenir à n'importe quel moment après que l'auteur a dépassé le seuil de la tentative, et il est juste que le moment de l'intervention se reflète dans la peine imposée pour la tentative. Nous voudrions que la sentence imposée à quelqu'un qui tire sur une victime souhaitée et manque celle-ci par accident soit plus sévère que celle qui serait imposée à un tueur en puissance qui serait arrêté alors qu'il se rend au domicile de la victime. Dans le deuxième cas, il est encore possible que l'auteur ne puisse essayer d'accomplir son dessein final. De plus, la victime n'a ressenti aucune impression de danger ou de crainte.

Ces circonstances différentes doivent se refléter dans une disposition flexible en matière d'imposition de la peine. Le projet de la CRDC limiterait la pénalité en cas de déclaration de culpabilité de tentative à la moitié de la peine prévue pour le crime projeté. La justification intuitive de ce projet est que l'auteur d'une tentative n'est pas aussi blâmable que le criminel qui a réussi, parce qu'il n'a pas provoqué le préjudice souhaité. Cette intuition peut être exacte, mais la punition n'est pas le seul objectif du droit criminel : celui-ci doit également empêcher le crime et protéger la société. De plus, cette intuition ne mène pas nécessairement à la règle stricte de la «moitié de la peine».

Une disposition plus satisfaisante autoriserait le juge qui prononce la sentence à exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Pour donner un maximum de souplesse au juge, la sentence maximale en cas de tentative devrait être la même que celle qui s'applique à l'infraction complète. Il est effectivement difficile de concevoir une tentative qui donne lieu à la même peine que l'infraction complète, mais cette approche est la seule qui donne au juge la flexibilité nécessaire. Cette sentence maximale, jointe à la

défense d'abandon d'intention, encourage fortement les auteurs à renoncer à leur dessein criminel à n'importe quelle étape de leur conduite.

Nous recommandons donc la disposition suivante en matière de tentative.

Tentative. (1) Est coupable d'une tentative de commettre un crime celui qui, en agissant avec le degré de culpabilité qui est autrement nécessaire pour commettre le crime,

a) s'engage sciemment dans une conduite qui constitueraient le crime si les circonstances connexes étaient telles que l'auteur les croyait; ou

b) lorsque le fait de causer un résultat particulier constitue un élément du crime, fait ou ne fait pas quelque chose dans le but de causer, ou en croyant que cela causera, ce résultat sans autre conduite de sa part; ou

c) sciemment, fait ou ne fait pas quelque chose qui, dans les circonstances qu'il croit exister, constitue un acte ou une omission qui représente une étape importante dans une conduite qui vise ultimement la commission du crime.

(2) Si la conduite de l'auteur constituait autrement une tentative en application des alinéas (1)b) ou (1)c) du présent article, celui-ci peut se défendre en affirmant qu'il a abandonné son effort pour commettre l'acte criminel, ou bien empêché autrement la commission de cet acte, dans des circonstances qui manifestent la renonciation complète et volontaire à son dessein criminel. Cependant, la preuve d'une telle défense n'a aucun effet sur la responsabilité d'un complice qui ne s'est pas rallié à cet abandon ou cette prévention.

Pour les fins du présent article, la renonciation au dessein criminel n'est pas volontaire si elle est motivée totalement ou partiellement par des circonstances qui n'étaient pas présentes ou apparentes au début de la conduite de l'auteur, qui accroissent la probabilité de détection ou d'arrestation ou qui rendent plus difficile l'accomplissement du dessein criminel. La renonciation est incomplète si elle est motivée par une décision de retarder la conduite criminelle jusqu'à un moment plus avantageux, ou bien de transférer l'effort criminel vers un objectif ou une victime différent mais semblable.

(3) Celui qui est déclaré coupable, en application du paragraphe 1, de la tentative de commettre une infraction est passible de la peine maximale prévue pour cette infraction.

Le complot

Le projet de disposition de la CRDC en matière de complot résoud la plupart des problèmes conceptuels causés par les diverses dispositions actuelles du *Code criminel*. Voici le libellé du paragraphe 4(5) du Projet de Code :

4(5) *Complot.* Quiconque s'entend avec autrui pour commettre un crime est responsable de complot et est passible de la moitié de la peine prévue pour le crime projeté.

La disposition est claire et concise, et elle codifie la définition reconnue du «complot». Il est assez clair que selon le Projet de la CRDC, le fondement de l'infraction est l'acte de s'entendre pour commettre une infraction. On ne peut être plus clair. Cette théorie est tout à fait compatible avec la common law canadienne actuelle, et elle ne crée pas d'autre complication. De plus, ce paragraphe crée une infraction de complot complète dans une seule disposition. Le *Code actuel* contient de nombreuses infractions de complot particulières¹⁶⁴, et la Commission s'était fixé comme objectif de refondre celles-ci en un seul article.¹⁶⁵

Après avoir accepté la structure fondamentale du projet de la CRDC, il ne reste que deux questions à résoudre. Premièrement, nous devons décider si une nouvelle disposition devrait permettre ou non une défense d'abandon de l'intention. Deuxièmement, nous devons étudier l'efficacité du projet de la CRDC en matière de détermination de la peine.

¹⁶⁴ Voir, par exemple, le par. 465(1), l'art. 466 et le par. 7(3.6) du *Code criminel*.

¹⁶⁵ *Supra*, note 20, à la p. 46.

En ce qui concerne l'abandon, il faut noter que projet de code britannique contient une disposition qui autorise une telle défense.¹⁶⁶ Le paragraphe 48(5) stipule que :

«Un complot se poursuit jusqu'à ce que l'acte, ou les actes, convenus ont été effectués, ou bien jusqu'à ce que toutes les parties à l'entente, ou bien toutes les parties sauf une, aient abandonné l'intention d'accomplir cet acte ou ces actes.

Cet article prévoit la fin de l'infraction de complot si les parties abandonnent leur dessein criminel.¹⁶⁷ De plus, l'ALI prévoit une défense semblable si l'auteur [Traduction libre] «contrarie le succès du complot» d'une manière qui indique une renonciation complète et volontaire au dessein criminel.¹⁶⁸

¹⁶⁶ *Supra*, note 24. Voir aussi le projet de la Commission britannique de réforme du droit :

48(1) *Est coupable de complot pour commettre une ou plusieurs infractions, celui qui*
 (a) *convient avec un ou plusieurs tiers qu'un ou plusieurs actes doivent être accomplis qui, le cas échéant, donneront lieu à la commission de l'infraction ou des infractions par au moins l'une des parties à l'entente; et*
 (b) *de concert avec au moins une autre partie à l'entente, désire que l'infraction ou les infractions soient commises.*

¹⁶⁷ Ce qui codifie la politique de la Chambres des lords en matière d'abandon dans l'arrêt D.P.P. v. Doot, [1973] A.C. 807.

¹⁶⁸ *Supra*, note 23, par. 5.03(6).
Projet de l'ALI

«(1) Définition du complot. *Est coupable de la commission d'une infraction, de concert avec un ou plusieurs tiers, celui qui, dans le dessein d'en encourager ou d'en faciliter la commission,*
 a) *convient avec ce ou ces tiers qu'au moins l'un d'entre eux tous s'engagera dans une conduite qui constitue cette infraction, ou bien une tentative ou une sollicitation pour la commettre; ou*
 b) *convient d'aider ce ou ces tiers à planifier ou à commettre cette infraction, ou bien une tentative ou une sollicitation pour la commettre.*

...
 (2) Renonciation au dessein criminel. *L'auteur peut se défendre en prouvant qu'après avoir comploté pour commettre un acte criminel, il a contrarié le succès du complot dans des circonstances qui manifestent la renonciation complète et volontaire à son dessein criminel.»*

Étant donné le caractère inchoatif de l'infraction, ces défenses sont logiques. Toutes les justifications en ce qui concerne la création d'une infraction de complot s'appuient sur le concept que certaines activités doivent être arrêtées avant qu'elles provoquent un préjudice. Pour que cette justification soit prise au sérieux, nous devons permettre aux auteurs d'éviter volontairement la commission du préjudice. Tout comme pour les tentatives, le rejet, au Canada, d'une défense d'abandon suggère que le simple fait de comploter est préjudiciable. Cependant, le caractère inchoatif du crime de complot nous indique que celui-ci est dangereux par rapport à un certain préjudice futur. Si ce préjudice futur est évité au moyen d'une renonciation complète au dessein criminel, la fonction préventive du droit criminel a joué son rôle et les anciens complices devraient être acquittés.

Le libellé de la défense de l'ALI sert mieux nos fins que celui du Royaume-Uni. Le paragraphe 48(6) du Projet de code du Royaume-Uni ne fait aucune mention des motifs pour lesquels les complices abandonnent leur intention, ce qui permet d'accuser un complice qui a simplement été contrarié par un événement externe inconnu. Par contre, le projet de l'ALI exige 1) que l'auteur contrarie le succès du complot; 2) qu'il renonce à son dessein criminel; et 3) que la renonciation soit complète et volontaire. Cette disposition incite non seulement au retrait d'un complot, mais également à en contrarier activement la poursuite. Cela constitue certainement le genre d'encouragement que le droit pénal devrait fournir aux criminels en puissance.

La dernière question que nous devons étudier est celle de l'imposition de la sentence. Comme à l'égard du projet sur la tentative, le projet de la CRDC indique que la sévérité pour avoir comploté pour commettre une infraction est la moitié de la peine pour ce crime. Là encore, nous devons décider si cette limite donne aux juges suffisamment de latitude pour refléter convenablement la gravité d'une infraction dans la sentence. Lorsque nous étudions les paramètres de la sentence dans le cadre

du complot, nous devons nous rappeler que, sur le fond, cette infraction ne constitue qu'un entente pour commettre une infraction. En soi, cela est insuffisant pour créer jamais un préjudice et ne peut jamais être aussi sérieux que la commission de l'infraction visée. De plus, le droit canadien permet de porter une accusation de complot en plus d'une accusation d'avoir commis l'infraction complète.¹⁶⁹ L'auteur qui va au delà de la simple entente nécessaire pour constituer une infraction de complot, est responsable des autres accusations d'aider et encourager, de tenter ou de solliciter, ou de toutes celles-ci. Chaque accusation nouvelle emporte ses propres peines, ce qui anéantit la nécessité d'une sentence plus sévère à l'égard du complot original.

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le projet de la CRDC contient tous les éléments nécessaires pour une définition claire et concise de l'infraction de complot. Cependant, ce projet a le défaut de consacrer, par son silence, le refus par la common law de la défense d'abandon d'intention. À cet égard, le Code pénal modèle de l'ALI offre un ajout juste et pratique à cette disposition.

Par conséquent, nous recommandons la disposition suivante en matière de complot.

Complot. (1) Quiconque s'entend avec autrui pour commettre un crime est responsable de complot et est passible de la moitié de la peine prévue pour le crime projeté.

(2) L'auteur peut se défendre en prouvant qu'après avoir comploté pour commettre un crime, il a contrarié le succès du complot dans des circonstances qui indiquent une renonciation complète et volontaire à son dessein criminel.

¹⁶⁹ Voir Sheppe c. R. (1980), 15 C.R. (3d) 381 (C.S.C.).

LES PARTIES À UNE INFRACTION**Orlando V. Da Silva**

La responsabilité des complices est l'un des plus anciens éléments du droit criminel, mais demeure l'un des moins évolués. Les tribunaux ont médité la théorie de la common law pendant des siècles. Pourtant, les principes de celle-ci, ainsi que ses composantes et son applicabilité, rendent toujours perplexes les juges, les avocats, les étudiants en droit et les jurys. Malgré ces faiblesses, le droit a pu atteindre son objectif avec un effet suffisant et peu d'injustices. Cependant, il ne faut passer outre à l'occasion de réformer. Le droit de la complicité est rempli de questions litigieuses et de contradictions qui pourraient être résolues effectivement après une analyse prudente de certaines des influences qui provoquent l'incertitude de la théorie. La discussion qui suit porte sur ces questions et, notamment, a) le problème de la causalité; b) le problème de la *mens rea* et, c) la prétendue nécessité de faire des distinctions entre les diverses catégories de complices. Tout cela vise à développer une règle de droit simple et complète à l'égard des complices.

L'état actuel du droit**(i) L'aide et l'encouragement**

Les alinéas 21(1)b) et c) du *Code criminel* stipulent qu'un prévenu qui aide ou qui encourage la commission d'une infraction participe à cette infraction. Si l'infraction est commise, le prévenu est coupable de la même infraction que l'auteur réel. La simple présence sur la scène de l'infraction est insuffisante pour imputer la responsabilité criminelle. Pour imputer la responsabilité criminelle à titre d'aide ou de fauteur, il faut un encouragement actif ou un acte positif d'assistance, comme le fait de surveiller, le fait d'éloigner la victime, ou le fait d'empêcher les tiers d'arrêter la perpétration de l'infraction.¹⁷⁰

¹⁷⁰ *Supra*, note 18, à la p. 121.

(ii) L'intention commune

Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* qualifie de participant à une infraction celui qui forme avec autrui le projet de poursuivre une fin illégale (et de s'y entraider), si l'autre commet l'infraction en réalisant ce dessein. Sous réserve du meurtre et de la tentative de meurtre, le prévenu est responsable en qualité de participant s'il savait, ou devait savoir, que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction. Si l'auteur principal commet un meurtre ou une tentative de meurtre, le prévenu complice doit être en possession de la connaissance réelle ou subjective.¹⁷¹

(iii) Le conseil

Le *Code criminel* régit les conseils dans les articles 22 et 264. L'article 22 définit le conseil comme le fait d'amener ou d'inciter, et stipule que quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction participe à celle-ci et en est coupable si elle est commise, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée. Le prévenu participe également à n'importe quelle infraction différente de celle qui a été commise si le conseiller savait ou aurait dû savoir que l'autre infraction était susceptible d'être commise en conséquence du conseil.

L'article 464 prévoit que quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction est responsable pénallement, même si le crime conseillé n'est pas commis.¹⁷² Cependant, le conseiller n'est possible que de la même peine que celui qui tente de commettre l'infraction conseillée.

Les faiblesses, les propositions, les recommandations

Tous les réformateurs conviennent que le droit de la complicité doit continuer nécessairement à faire partie du droit pénal canadien, même s'ils disconviennent de la façon dont celui-ci

¹⁷¹ *Ibid.*, à la p. 124.

¹⁷² *Ibid.*, à la p. 127.

devrait être appliqué. Selon Gillies, les commentateurs et les analystes juridiques pensent que la théorie de la complicité fonctionne raisonnablement bien et fait convenablement justice.¹⁷³ Après une analyse plus poussée, il devient évident que le droit a besoin de quelques réformes. Joshua Dressler, professeur de droit à l'École de droit de Wayne State University, propose, pour imputer la responsabilité, l'imposition d'une norme qui permet de mesurer la contribution du complice à l'acte criminel. Le professeur Dressler insiste sur le fait qu'il devrait exister un seuil d'aide ou d'influence dont le franchissement justifie l'imposition de la responsabilité à la partie secondaire. Si ce seuil n'est pas franchi, les tribunaux feraient mieux d'ignorer la participation, parce que celle-ci serait trop légère pour justifier l'imposition de sanctions criminelles.¹⁷⁴ Peter Gillies réformerait le droit de manière à éliminer la distinction entre le commettant principal au deuxième degré et les complices avant le fait (ou, à cet égard, les aides et les fauteurs, d'une part, et les conseillers, entremetteurs ou incitateurs, d'autre part). Il réduirait la portée de la responsabilité imposée aux parties secondaires.¹⁷⁵ Glanville Williams souhaiterait que la *mens rea* soit définie soigneusement et précisément à l'égard de tous les éléments de la théorie de la complicité.¹⁷⁶ Cependant, c'est la Commission de réforme du droit du Canada qui propose les modifications les plus complètes, quoique davantage sur la forme que sur le fond. Il est compréhensible que la Commission propose de modifier les articles 21, 22 et 464 – entre autres – dans le cadre des objectifs de la réforme destinée à adopter une nouvelle

¹⁷³ Peter Gillies, The Law of Criminal Complicity, Sydney, The Law Book Company Limited, 1980.

¹⁷⁴ Joshua Dressler, "Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem" (1985), 37 The Hastings Law Journal 91.

¹⁷⁵ *Supra*, note 173.

¹⁷⁶ Glanville Williams, "Complicity, Purpose and the Draft Code-2", [1990] Crim. L.R. 98.

Partie générale du *Code criminel* canadien. La Commission recommande des modifications sémantiques qui rectifieraient les problèmes dont elle prétend l'existence, c'est-à-dire : a) le fait que les dispositions relatives à la complicité ne sont pas assez bien organisées pour éviter les répétitions; b) l'absence d'esprit de système et d'ordre dans les diverses dispositions, ce qui rend les articles assez difficiles à administrer; et c) la confusion en ce qui concerne l'orientation et le principe fondamental.¹⁷⁷ Le projet de code anglais¹⁷⁸ et le Code pénal modèle¹⁷⁹ se sont également penchés sur certains problèmes soulevés ci-dessus.

(i) *L'actus reus* du droit relatif à la complicité

Joshua Dressler prétend que l'un des problème les plus urgents du droit actuel relatif à la complicité est que le complice peut être responsable, si minimale que soit sa participation réelle à l'infraction. «Pourquoi», demande-t-il, «le droit traite-t-il de la même manière toutes les parties secondaires, nonobstant la diversité de leur participation à l'acte criminel? Pourquoi est-ce que le droit criminel mettrait sur le même pied la vilenie d'un Iago, d'une part, et la loyauté d'un conjoint qui donne un repas à son époux qui est en même temps l'auteur?»¹⁸⁰

Les inquiétudes de Dressler se fondent sur la manière d'appliquer la théorie de la causalité au droit de la complicité. En ce qui concerne l'auteur, la règle est simple et virtuellement immuable : la Couronne doit prouver sans aucun doute raisonnable que *sans* l'acte de l'auteur, le préjudice illicite ne se serait pas produit lorsque cela a été le cas.¹⁸¹ Cependant, le complice se trouve sur un terrain plus glissant : «l'aide apportée ... ne doit pas nécessairement contribuer au résultat

¹⁷⁷ *Supra*, note 20, à la p. 19.

¹⁷⁸ *Supra*, note 24.

¹⁷⁹ *Supra*, note 23.

¹⁸⁰ *Supra*, note 174, à la p. 92.

¹⁸¹ *Ibid.*, à la p. 99.

criminel en ce sens que *sans celle-ci*, le résultat se serait produit. Il suffit qu'elle ait facilité un résultat qui se serait produit sans elle.»¹⁸² Pour Dressler, la théorie de la causalité joue un rôle fondamental dans le droit de la complicité. Il s'agit de l'instrument que nous utilisons pour nous assurer que ceux qui sont également blâmables reçoivent comme châtiment la punition qu'ils méritent. Elle établit une relation entre le niveau de culpabilité du complice-prévenu, d'une part, et la gravité du préjudice causé, d'autre part.¹⁸³ Dressler prétend que ce rôle fondamental à l'égard du droit relatif à la complicité doit être plus raffiné et plus soigné, afin de s'assurer que justice est faite.

Sans doute, le caractère négligeable de l'importance de l'influence ou de la participation peut provoquer des injustices importantes. Par exemple, on présumerait que l'organisateur d'un vol à main armée complexe qui se termine par la mort d'un innocent serait dans une certaine mesure plus coupable que l'individu qui, en connaissance du plan, fournirait sciemment un masque. Pourtant, selon le droit actuel, tous les deux seraient passibles de la même peine. Une analyse prudente du droit relatif à la complicité, dans un but de réforme, devrait au moins étudier cette question. Ce n'est pas ce que fait la Commission de réforme du droit.

Il est curieux de constater que, ni les dispositions du Projet de code anglais, ni les dispositions du Code pénal modèle, ni les dispositions proposées par la Commission de réforme du droit, ne contiennent un critère de causalité. Il se peut que celles-ci considèrent que la caractère inutile ou minuscule de la participation d'un complice à l'acte criminel doive être étudié au moment de la détermination de la peine. Ou bien, peut-être, reconnaissent-elles que la théorie de la causalité de la common law ne peut être appliquée au complice qu'avec de grandes difficultés, dont la moindre n'est pas le fait que la commission de l'acte criminel dépend en fin de compte de la formation ou de la poursuite

¹⁸² State v. Tally (1894), 15 So. 722.

¹⁸³ *Supra*, note 174, à la p. 103.

de l'intention de l'auteur principal. Selon Peter Gillies, ce dernier facteur

«suffit habituellement pour rompre toute relation de causalité qui aurait autrement existé entre l'acte incriminant des complices, d'une part, et la commission de l'infraction, d'autre part. Il n'est pas nécessaire de réduire l'éventail des actes incriminants que les complices doivent avoir commis, si l'on exige que cet acte ait contribué «substantiellement» ou bien «effectivement» à la perpétration de l'infraction.»¹⁸⁴

Une telle restriction a déjà été introduite dans le projet de Code pénal modèle, mais abandonnée par la suite dans le Projet officiel de 1962 de l'American Law Institute, parce qu'il s'agissait présumément «d'un critère de responsabilité trop vague pour diriger le verdict d'un jury». ¹⁸⁵ Dans son document de travail n° 45, la Commission de réforme du droit recommande un critère d'«acte important», mais cette recommandation ne se trouve dans aucun des projets de disposition du Rapport n° 31, qui est intitulé Pour une nouvelle codification du droit pénal. ¹⁸⁶

Il existe également une raison tout à fait pratique de renoncer à cette approche de causalité de la participation. Fréquemment, la seule manière de décider dans quelle mesure l'auteur principal a été influencé ou aidé par le complice consiste à le contre-interroger, ce qui n'est pas indiqué pour des raisons évidentes. Les inquiétudes à l'égard de la portée trop vaste de la responsabilité du complice doivent être résolues d'une autre manière, comme par exemple en imposant une limites strictes à l'égard de la *mens rea*. Pour les motifs qui précédent, les obligations relatives à l'*actus reus* ne devraient pas être modifiées.

¹⁸⁴ *Supra*, note 173, à la p. 301.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Supra*, note 20.

(ii) La *mens rea* du droit de la complicité

La *mens rea* nécessaire constitue peut-être la question irrésolue la plus importante dans le droit de la complicité. Les problèmes posés par l'*actus reus* de la complicité devraient éclairer la théorie de la *mens rea*. Plus précisément, le fait qu'une causalité négative soit nécessaire pour déclarer la culpabilité de l'auteur principal n'a pas pour conséquence nécessaire que l'acte de complicité du complice doive avoir la moindre importance en matière de causalité; la *mens rea* devrait être le mécanisme au moyen duquel la responsabilité secondaire est limitée. L'obligation habituelle de la Couronne de prouver à la fois la causalité et le dessein pour que l'auteur principal soit déclaré coupable¹⁸⁷ renforce l'argument selon lequel celle-ci devrait prouver au moins le dessein pour que le complice soit déclaré coupable. Le paragraphe 21(1) du Code limite suffisamment la responsabilité des complices en exigeant la preuve de ce niveau plus élevé de *mens rea*. De cette manière, le Code harmonise mieux la *mens rea* imposée aux complices avec celle que l'on exige de l'auteur principal, ce qui limite la portée de la responsabilité pour complicité qui découle de la défaillance de la théorie de la causalité. Mais ce ne sont pas là les seules raisons d'exiger un dessein.

Si le droit n'exigeait que la connaissance, plutôt qu'un dessein, une activité qui serait autrement entièrement légale et dans laquelle le prévenu aurait le droit se s'engager, deviendrait illégale. Le vendeur d'un pistolet qui a simplement l'intention de gagner sa vie et qui vend un pistolet à quelqu'un en sachant qu'il a ainsi aidé son client à tuer; ou bien l'écrivain qui décrit un crime «parfait» en sachant que, statistiquement, quelqu'un tentera de commettre ce crime, agissent avec indifférence à l'égard de l'infraction qui sera finalement commise. Ils n'ont aucun intérêt à l'égard de celle-ci. Dans la mesure où leur intention est

¹⁸⁷ L'auteur principal doit agir avec le plus haut niveau de culpabilité. Même s'il ne souhaite pas précisément les faits constitutifs du crime, il doit quand même agir en prévoyant que l'infraction découlera avec une quasi-certitude de son comportement.

différente de celle de l'auteur principal à cet égard, ils sont moins blâmables. Il se peut qu'ils ne soient pas totalement innocents de la commission d'un acte préjudiciable mais ils sont, à tout le moins, moins coupables que l'auteur principal et ne devraient donc pas être passibles de la même peine.

Le fait d'exiger le dessein d'aider, ou d'exercer une influence, pour déclarer le complice coupable sur les mêmes bases que l'auteur principal, peut causer des injustices lorsque, par exemple, un complice est très coupable sans l'être autant que l'auteur.¹⁸⁸ Par exemple, si le complice fournit un pistolet à l'auteur principal sur la scène du crime, tout en sachant très bien que l'auteur principal a prévu de tuer la victime. Il est possible que le dessein du complice ne coïncide pas avec celui de l'auteur principal, mais son état psychologique n'en demeure pas moins hautement répréhensible.

Pour résoudre ce problème sans réduire l'intensité du dessein nécessaire, Peter Gillies propose la création d'une infraction d'assistance à la perpétration d'un acte criminel, qui serait similaire à la complicité après le fait et dont la peine serait inférieure à celle dont est possible l'infraction maximale.¹⁸⁹ Par conséquent, le jury devrait décider si le prévenu possédait l'intention nécessaire pour être déclaré coupable à titre de complice ou d'assistant dans la perpétration d'un acte criminel. Dans un cas comme dans l'autre, le prévenu devrait toujours avoir la *mens rea* appropriée à l'infraction.¹⁹⁰ Cette notion devrait être introduite dans une nouvelle disposition du Code.

¹⁸⁸ *Supra*, note 173, à la p. 304.

¹⁸⁹ On peut noter que ce projet est appuyé par Grace E. Mueller, dans son article intitulé : "The Mens Rea of Accomplice Liability" (1988), 61 Southern Cal. L. Rev. 2169, à la p. 2186.

¹⁹⁰ *Supra*, note 173, à la p. 305.

(iii) La *mens rea* de l'auteur de l'intention commune

Le Projet de code anglais et la Commission de réforme du droit révèlent un souhait général de protéger la théorie de l'auteur de l'intention commune qui se trouve au paragraphe 21(2). On peut comprendre que cela représente le point de vue selon lequel la société doit se sentir justifiée d'imposer aux participants la responsabilité du fait des préjudices connexes, mais probables, qui découlent de leurs desseins illicites. Le dessein habituellement nécessaire n'est pas imposé, à cause du caractère préalable de l'état psychologique blâmable du prévenu complice. Cette intention coupable est transportée justement à chaque conséquence probable du dessein illégal auquel le complice a participé. La société devrait créer des encouragements destinés à faire cesser les préjudices qui tombent dans le cadre des desseins communs illicites, en accroissant la responsabilité possible d'un complice du fait de tous les actes criminels probables qui sont commis par ses associés. Cette approche ne souffre pas de la sur-criminalisation qui découle de l'utilisation d'états psychologiques moindres que le dessein (ou la connaissance, à cet égard), étant donné que le complice n'est pas innocent, autrement. Pour empêcher la sur-criminalisation, la seule condition de responsabilité qui devrait être ajoutée consisterait à exiger non seulement que l'acte criminel connexe soit probable, mais aussi que le complice sache subjectivement que cet acte résulterait. Selon cette théorie, le nouveau Code serait conforme à la tendance établie par l'arrêt R. C. Vaillancourt¹⁹¹; et l'expression «devait savoir» devrait être radiée au paragraphe 21(2) en ce qui concerne tous les actes criminels et non pas simplement le meurtre et la tentative de meurtre. La Commission de réforme du droit a adopté cette approche au paragraphe 4(6), mais le Projet de code anglais a totalement failli à cet égard.

Les propositions de la Commission de réforme du droit

La Commission de réforme du droit a rédigé ses projets d'articles dans le but d'améliorer leur organisation, leur clarté

¹⁹¹ (1987), 39 C.C.C. (3d) 118.

et leur cohérence, ainsi que pour accroître leur généralité et leur caractère subjectif et complet. Dans une certaine mesure, ces objectifs ont été atteints, mais au détriment de la cohérence et de l'exactitude théorique.¹⁹²

Les dispositions sur l'instigation ont éliminé les distinctions entre le fait de conseiller et le fait d'amener, d'une part, et le fait d'aider et le fait d'encourager, d'autre part. D'une manière générale, tous les moyens d'aider ou d'influencer la commission d'un acte criminel sont dénotés par les verbes «aide, encourage, pousse ou incite, conseille ou se sert». En introduisant tous ces termes dans un seul article, le projet de la CRDC garantit que le crime d'instigation n'est plus dérivé. Autrement dit, il n'exige plus que l'auteur principal ait perpétré une infraction complète, comme condition préalable pour imputer la responsabilité au complice. L'instigation serait traitée de la même manière que le fait de conseiller a toujours été traité. Un aide ou un fauteur serait responsable d'avoir tenté d'instiguer un crime, même si l'auteur principal n'avait pas commis l'acte criminel avec une aide ou un encouragement. Dans la mesure où les aides et les fauteurs se sont engagés dans une conduite également répréhensible avec des intentions également coupables, les résultats des propositions de la CRDC sont à la fois rationnels et justes.

Les propositions de la Commission garantiraient également que la même *mens rea* s'appliquerait à tous les actes d'instigation, ce qui éliminerait l'incertitude subie par les tribunaux en ce qui concerne l'acte de conseiller. Mais pour gagner cette amélioration de la certitude, le projet de la CRDC a sacrifié une approche de bon sens de la *mens rea* qui fait nécessairement la distinction entre l'acte de conseiller, d'une part, et les actes d'aider et d'encourager, d'autre part. La *mens rea* nécessaire à l'aide et à l'encouragement exige que le complice connaisse l'intention criminelle de l'auteur principal, ce qui n'est pas le cas du fait

¹⁹² Commission de réforme du droit du Canada, La responsabilité secondaire : Complicité et infractions inchoatives, document de travail 45, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985.

de conseiller. Compte tenu de cette application différente de la *mens rea*, le fait de regrouper l'aide avec le conseil empêcherait effectivement de déclarer coupable celui qui conseille de commettre une infraction, lorsque celui qui a été conseillé n'avait pas d'intention criminelle préalable.

Les faiblesses de la proposition de la CRDC découlent du fait que celle-ci ne traite pas correctement la *mens rea* connexe. Malgré les modifications apportées par la CRDC, les difficultés relatives à l'application de la *mens rea* au moyen des dispositions actuelles continueraient à prévaloir. Sous réserve de la disposition générale de l'alinéa 2(4)d) du Rapport n° 31, qui anéantirait la *mens rea* au niveau du «dessein», les propositions de la Commission ne fournissent aucune directive sur l'élément psychologique que les complices devraient avoir. Le concept de dessein que la CRDC a introduit dans le sous-alinéa 2(4)a)(i) ne vise pas les parties secondaires, bien que cela ait sans doute été son intention. Par conséquent, qu'un complice doive posséder un dessein, la connaissance ou la témérité à l'égard de l'acte d'assistance, l'intention de l'auteur principal et les circonstances qui constituent l'infraction, ou bien les résultats de la conduite, demeurent obscures. En présumant que la disposition générale de l'alinéa 2(4)d) s'applique au complice, celui-ci devrait agir à dessein en ce qui concerne les conséquence de sa conduite, et sciemment ou témérairement en ce qui concerne les circonstances. La conduite, les conséquences et les circonstances doivent être précisées par la définition du crime, mais les actes criminels sont habituellement définis selon la conduite et la culpabilité de l'auteur principal, et non pas selon la conduite et la culpabilité du complice (seul ou en relation avec son auteur principal).

Les problèmes d'application de la *mens rea* qui sont créés par le projet de la CDRC ne sont pas insurmontables. Un tribunal compétent pourrait donner un sens à ces dispositions quelle qu'en soit la difficulté, mais si l'on permettait à une telle situation de se produire, on aurait manqué une occasion importante de clarifier un domaine embrouillé du droit. Un nouveau libellé du droit de la complicité devrait définir d'une manière soigneuse et

précise la *mens rea* du complice à l'égard de la conduite de celui-ci, de la conduite de l'auteur et des circonstances et conséquences de chacune.

De plus, et plus notablement, la définition du dessein que la CRDC donne au sous-alinéa 2(4)a)(ii) du Rapport n° 31 introduit le «dessein» et la «témérité» à l'égard des circonstances dans ce qui devient par la suite une définition par trop étendue. La portée de la responsabilité du complice va bien au-delà de l'état actuel de la législation, dans la mesure où le «dessein ou la témérité» à l'égard des circonstances comprennent le dessein ou la témérité à l'égard du désir réel de l'auteur principal de commettre un acte criminel. Tous les problèmes soulevés ci-dessus en ce qui concerne l'excès de la portée de la responsabilité connexe apparaissent en premier plan dans le projet de la CRDC. Un complice ne devrait pas être déclaré coupable d'une infraction commise par l'auteur principal et passible de la peine entière, à moins que ce complice ait agi à dessein (c.-à-d. dans le but d'aider l'auteur principal à accomplir un acte dont le complice sait qu'il s'agit d'une infraction et que l'auteur principal a l'intention de le commettre).

Un projet de législation

1. (1) Instigation d'un acte criminel. Est coupable d'instiguer un crime perpétré par autrui, et passible de la peine imposée pour ce crime, celui qui
 - (a) dans le dessein d'encourager ou de faciliter la commission de l'infraction ¹⁹³

Commentaire

Le libellé utile adopté par la Commission de réforme du droit du Canada en ce qui concerne l'utilisation de l'«instigation» est utilisé ici afin de dénoter le plus haut niveau de culpabilité d'un complice. Comme il appert de façon évidente à l'alinéa 1(1)a),

¹⁹³ Le libellé de cet al. est tiré de l'al. 2.06(3)a) du Code pénal modèle, *supra*, note 23.

l'individu coupable d'instiguer un crime doit avoir agi dans un dessein plutôt qu'avec la simple connaissance ou la témérité.

(i) conseille à autrui de commettre l'acte criminel (ou d'accomplir les actes équivalant, en droit, à cet acte criminel dans les circonstances, ou bien si un résultat spécifique en découle), et le tiers commet l'acte criminel ou l'acte; ou

Commentaire

Le sous-alinéa 1(1)a)(i) adopte la distinction nécessaire entre le fait de conseiller, d'une part, et le fait d'aider et d'encourager, d'autre part. Le passage placé entre parenthèses permet à la disposition de s'appliquer à la complicité dans le cadre des infractions de témérité et de négligence.¹⁹⁴

(ii) ne fait aucun effort convenable pour prévenir la commission d'une infraction qu'il a l'obligation légale d'empêcher;¹⁹⁵ ou

Commentaire

Ce sous-alinéa fait des témoins qui ont l'obligation légale d'empêcher l'acte criminel, des complices qui sont passibles de la peine complète pour l'infraction achevée. Cette disposition vise à tenir compte de situations semblables à celle de l'affaire Dunlop and Sylvester c. R.¹⁹⁶, dans laquelle deux membres d'une bande de motards livraient de la bière dans une décharge où d'autres membres de la bande violaient collectivement une femme. Les deux prévenus ont regardé l'activité sexuelle pendant quelques minutes, puis sont partis. Au nom de la majorité de la Cour suprême, M. le juge Dickson a décidé que les prévenus - qui faisaient partie de la bande - ne participaient pas au viol, étant donné que la simple

¹⁹⁴ Le libellé de ce sous-al. provient du passage de l'article du professeur Glanville Williams qui énonce la *mens rea* qui convient à la responsabilité du complice; voir, *supra*, note 176, à la p. 102.

¹⁹⁵ Le libellé de ce sous-al. provient du sous-al. 2.06(3)a)(iii), du Code pénal modèle de l'American Law Institute, *supra*, note 23.

¹⁹⁶ [1979] 2 R.C.S. 880, à la p. 891.

présence ne suffit pas pour fonder la culpabilité en application du paragraphe 21(1) du *Code criminel*, à moins qu'elle soit associée à un encouragement actif ou à la connaissance préalable du fait que l'infraction se produira. Selon la disposition proposée ci-dessus, les membres de la bande participeraient au viol si les réformes apportées au *Code criminel* comprenaient des omissions qui englobent le comportement des deux membres de la bande. Il est contradictoire de tenir les membres de la bande responsables du viol simplement parce qu'ils ne l'ont pas empêché, à moins que le *Code* qualifie clairement cette inaction comme étant répréhensible et passible de sanction pénale.

À titre d'exception à ce principe, les membres de la bande pourraient être tenus responsables en application de l'alinéa 1(1)b) ou du paragraphe (2), ci-dessous, s'ils étaient arrivés sur la scène du crime, avaient assisté au viol et étaient restés sur place dans le but d'encourager le viol, ou bien en sachant que le viol était encouragé par leur présence.

- (b) (i) sait qu'un tiers veut commettre l'acte criminel ou des actes qui, en droit, équivalent à un acte criminel dans les circonstances, ou bien si un résultat particulier en découle; et
 - (ii) sait que ses actes aident ou aideront le délinquant à commettre l'acte criminel,¹⁹⁷ et
 - (iii) agit dans le dessein d'aider un délinquant à exercer son intention criminelle.

¹⁹⁷ Le libellé des sous-al. 1(1)b)(ii) et (iii) provient du passage de l'article du professeur Glanville Williams qui énonce la *mens rea* convenable en ce qui concerne la responsabilité des complices; voir, *supra*, note 176, à la p. 103.

Commentaire

Ces sous-alinéas précisent la *mens rea* nécessaire à un complice qui favorise la commission d'un acte criminel en conseillant autrui. Ils conservent la différence importante entre le fait de conseiller et celui d'aider activement. L'élément psychologique de la conduite du complice est précisé dans les détails, individuellement et en rapport avec la conduite et la culpabilité de l'auteur principal. De plus, comme l'alinéa (1)a)(i) ci-dessus, elles comprennent la responsabilité du fait de la complicité dans des infractions de témérité ou de négligence.

1. (2) **Assistance.** Est coupable d'assistance au crime d'autrui, et possible de la moitié de la peine applicable à cet acte criminel, celui qui, tout en agissant sans dessein, aide, conseille, encourage ou influence autrement et sciemment le délinquant à commettre l'acte criminel et qui remplit les conditions énoncées aux alinéas 1(1)a) ou b), selon le cas.

Commentaire

Cette disposition fait le lien entre, d'une part, les complices qui sont moralement aussi coupables que l'auteur parce qu'ils ont agi dans un dessein et, par conséquent, méritent une punition complète; et, d'autre part, ceux qui ont agi en toute connaissance de leur assistance mais dans un autre dessein et qui, par conséquent, sont quand même coupables moralement mais pas autant que l'auteur. L'utilisation du terme «dessein» permet de réduire la portée de la responsabilité du complice. La disposition relative à la connaissance du fait que l'on a assisté permet de reconnaître que certains individus qui ont agi sciemment, mais sans un dessein, se sont quand même engagés dans une conduite qui est très répréhensible. Cette disposition fait un compromis entre ces deux objectifs, en reconnaissant la distinction entre les deux situations et en imposant une peine réduite.

(3) Cas où un autre crime est commis.

(a) **Règle générale.** Nul n'est coupable d'instiguer ou d'avoir tenté d'instiguer un crime qui diffère de celui qu'il avait en vue ou qu'il croyait qu'il assistait.

(b) **Exception.** L'alinéa 1(3)a) ne s'applique pas lorsque le crime ne diffère que quant à l'identité de la victime ou à la gravité du préjudice corporel ou matériel causé.

(c) Réserve. Quiconque s'entend avec autrui pour commettre un crime et accomplit également un autre acte pour favoriser sa commission est responsable, non seulement du crime sur lequel porte l'entente et qu'il a l'intention d'instiguer, mais également de tout crime qui est, à sa connaissance, une conséquence probable de cette entente ou de l'acte en cause. ¹⁹⁸

Commentaire

Bien qu'il soit libellé comme une réserve, l'alinéa b) codifie pour une large part les exigences de la common law en ce qui concerne les caractéristiques appropriées de l'acte criminel visé, par rapport à celles du crime commis effectivement. Il doit s'agir du même genre d'acte criminel que celui qui était prévu, et il ne doit se distinguer de celui-là qu'en ce qui concerne l'identité de la victime ou la gravité du préjudice causé. L'alinéa c) comprend la disposition du paragraphe 21(2) du *Code criminel* relative à l'auteur de l'intention commune, mais il limite la responsabilité aux actes criminels dont le complice sait subjectivement qu'ils sont les conséquences probables de l'entreprise illicite.

(4) Celui qui a instigué ou tenté d'instiguer un acte criminel qui n'est pas entièrement accompli est passible de la moitié de la peine dont il aurait été possible si l'acte criminel avait été entièrement accompli. ¹⁹⁹

¹⁹⁸ Les al. 1(3)a), b) et c) proviennent des al. 4(6)a), b) et c) des recommandations de la Commission de la réforme du droit du Canada, *supra*, note 20, à la p. 47. [N. du T.: le libellé utilise le verbe «instiguer» au lieu de la locution verbale «favoriser la commission»; ce verbe est dérivé du substantif «instigation», qui est utilisé dans le document de la CRDC intitulé Le document d'inculpation, Commission de réforme du droit du Canada, 1987.]

¹⁹⁹ Le par. 1(4) est une adaptation du par. 4(4) recommandé par la Commission de réforme du droit du Canada sous le titre «Tentative pour favoriser la commission d'un crime», *ibid.*, à la p. 46.

Commentaire

Cette disposition proroge la responsabilité de celui qui aide ou qui conseille la commission d'une infraction par autrui, même si ce tiers ne commet pas l'infraction qui a fait l'objet de l'aide ou du conseil. Elle comble la carence du droit actuel, qui n'impose pas de responsabilité criminelle à ceux qui aident ou qui encouragent la commission d'une infraction qui, pour une raison ou pour une autre, n'est jamais entièrement exécutée par l'auteur principal.

Le paragraphe 1(4), qui se fonde généralement sur la disposition de la CRDC intitulé «Tentative pour favoriser la commission d'un crime», n'utilise pas le même intitulé afin de différencier les situations dans lesquelles l'acte du complice ne peut assister, ou le complice ne donne pas de conseil d'une part, et les situations dans lesquelles l'auteur principal a choisi de son propre chef de ne pas commettre l'acte criminel, d'autre part. La première situation est plus convenablement dénommée tentative, mais elle ne peut justifier l'imposition de la responsabilité, à cause de l'absence totale de *l'actus reus* et du préjudice qui en découle. Autrement dit, un acte qui n'aide ni conseille, qui n'atteint pas l'esprit de l'auteur (le cas échéant) et qui ne donne pas lieu ultimement à un acte criminel (ou à un préjudice, à cet égard) est totalement insuffisant pour fonder une responsabilité criminelle. Punir pour ces motifs équivaudrait à punir pour de simples pensées mauvaises.

Cependant, cette disposition préserve la distinction entre les actes qui favorisent la commission d'un crime ou l'assistance qui «donne lieu»²⁰⁰ à une infraction, d'une part, et ceux qui ne le font pas, d'autre part. La réduction de la peine à l'égard des actes qui ne donnent pas lieu à un acte criminel est justifiée, parce qu'aucun préjudice n'a eu lieu. De plus, elle encourage également les parties à l'acte criminel à abandonner leurs intentions illicites avant que celles-ci ne se manifestent sous la forme d'une infraction punissable et préjudiciable.

²⁰⁰ À cause des problèmes de causalité qui sont associés au droit de la complicité, il est impossible de dire si un acte d'instigation ou un acte d'assistance donne effectivement lieu à l'acte criminel qui est finalement commis.

Conclusion

Le 100^e anniversaire du *Code criminel* canadien offre une merveilleuse occasion d'améliorer un domaine du droit qui gêne les magistrats, les avocats, les étudiants en droit et les jurys depuis sa création. Malheureusement, les propositions de la CRDC sont insuffisantes parce qu'elles ne comprennent pas de nombreux principes qui résoudraient certaines contradictions et ambiguïtés qui gênent depuis si longtemps. Le projet de la CRDC à l'égard de l'«instigation» constitue une amélioration importante par rapport au droit actuel, sous l'angle de la simplicité. Cependant, dans ce domaine complexe du droit criminel, la simplicité n'est pas appropriée, notamment si elle sacrifie la cohérence et l'exactitude théorique.

Dans ce domaine, la réforme du droit devrait, à tout le moins, révéler une théorie plus complète, cohérente et juste, de la *mens rea* des complices, en tant que complices, tout en réduisant soigneusement la portée de la responsabilité du fait de complicité, qui a été élargie incorrectement à cause de l'inapplicabilité de la théorie de la causalité. Il ne faut pas moins faire pour ne pas manquer une importante occasion de réforme.

LA RESPONSABILITÉ CRIMINELLE DES COMPAGNIES :
COMMENTAIRE DU PARAGRAPHE 2(5) DU PROJET DE CODE CRIMINEL
DE LA CRDC

Peter Lawson

On peut prétendre que le droit relatif à la responsabilité criminelle des compagnies est l'un des domaines les plus confus et les plus incohérents du droit pénal. La Commission anglaise de réforme du droit n'est pas seule à conclure que les théories qui sous-tendent les concepts existants en matière de responsabilité sont «étrangement incertains» et que l'ensemble du droit dans ce domaine est «dans un état relativement sous-développé». ²⁰¹ Au fond, on peut voir que cette confusion découle des difficultés propres à toute tentative d'appliquer à une collectivité un système de règles qui était effectivement conçu pour être appliqué à des personnes physiques. ²⁰² Comme le dit le professeur Asplund «de la même manière, le droit criminel serait incapable de fonctionner s'il était appliqué à des chiens ou à des machines.» ²⁰³

Compte tenu de l'état incohérent et insuffisant du droit actuel, la décision de la Commission de réforme du droit du Canada d'ajouter à son projet de *Code criminel* ²⁰⁴ un article qui régit

²⁰¹ *Supra*, note 24, à la p. 213. Selon l'American Law Institute, «le développement moderne [du droit de la responsabilité criminelle des compagnies]... s'est produit en grande partie sans se référer à aucun système intelligible de principes, et ce domaine est caractérisé par l'absence d'analyse organisée des objectifs que l'on pense pouvoir atteindre au moyen de l'imposition d'amendes pénales à des personnes morales»; *Code pénal modèle*, *supra*, note 23 à la p. 332.

²⁰² C.D. Stone, Where the Law Ends, The Social Control of Corporate Behaviour, New York, Harper, 1975, à la p. 10.

²⁰³ "Corporate Criminality: A Riddle Wrapped in a Mystery Inside an Enigma" (1985), 45 Crim. Rep. (3d) 333, à la p. 338.

²⁰⁴ *Supra*, note 20.

la responsabilité pénale des compagnies, doit être accueilli favorablement. Par contre, cette décision soulève un certain nombre de questions. Dans les pages qui suivent, j'étudierai brièvement les questions que je juge les plus importantes, notamment :

1. une notion distincte de la responsabilité criminelle des compagnies est-elle réellement nécessaire?
2. Si tel est le cas, le libellé de ce concept par la CRDC est-il suffisant, sur la forme et sur le fond?
3. La portée du libellé du CRDC est-elle suffisante?
4. Quelles sont les conséquences d'un tel libellé en ce qui concerne d'autres domaines du droit criminel?
5. Quelles sont les conséquences de ce libellé en ce qui concerne le droit qui régit les sanctions criminelles?

La nécessité d'un principe distinct de responsabilité criminelle des compagnies

Le débat sur le caractère approprié d'un principe distinct de responsabilité criminelle des compagnies est ancien. Les opposants à ce principe prétendent qu'il est impossible d'assujettir les compagnies aux objectifs sous-jacents du droit criminel. Par exemple, ils prétendent qu'il n'y a guère de sens à parler de la réhabilitation d'une compagnie.²⁰⁵ Bien entendu, ces critiques reconnaissent qu'en principe, la compagnie devrait être assujettie à l'objectif de dissuasion. Cependant, ils prétendent que le moyen ordinaire d'obtenir la dissuasion, c'est-à-dire la punition au moyen d'une amende, est inévitablement vicié. En particulier, selon eux, les amendes sont nécessairement inefficaces et injustes, au moins pour une part parce qu'elles sont presque inévitablement transmises aux parties innocentes, comme les employés et les actionnaires. Les critiques concluent donc que le moyen le plus approprié de traiter la criminalité des compagnies est le régime usuel de la responsabilité individuelle.

²⁰⁵ Note, "Developments in the Law – Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour Through Criminal Sanctions" (1979), 92 Harvard Law Review 1227, aux pp. 1231, 1235-36.

De leur côté, les partisans d'un principe distinct de responsabilité des compagnies conviennent que l'amende est défectueuse. Ils prétendent toutefois que la compagnie peut quand même être assujettie aux objectifs sous-jacents du droit criminel, qui comprennent non seulement la dissuasion mais également la réhabilitation et le châtiment. Il suffit d'un peu d'imagination pour concevoir des sanctions appropriées. De plus, ils prétendent, ce qui est plus important, que le régime traditionnel de responsabilité individuelle est tout simplement insuffisant pour tenir compte de la criminalité réelle des compagnies.

Sans aucun doute, la conclusion provisoire doit être que les arguments à l'appui d'un régime distinct de responsabilité criminelle des compagnies sont les plus convaincants. L'argument selon lequel les objectifs généraux du droit criminel sont inappropriés dans le contexte des compagnies se fonde sur une conception trop étroite des moyens précis au moyen desquels ces objectifs peuvent être appliqués aux compagnies. Notamment, cet argument s'appuie sur une approche vraiment peu imaginative des sanctions applicables aux compagnies. Ce qui est même peut-être plus important, les problèmes posés par l'action réelle des compagnies appuient sans aucun doute la nécessité de créer un principe distinct de responsabilité criminelle des compagnies. Étant donné l'éparpillement du pouvoir de décision au sein de la compagnie moderne, on n'a guère besoin d'imagination pour comprendre qu'un régime de responsabilité purement individuel serait insuffisant pour traiter la criminalité des compagnies. Comme le note Neil Sargeant :

«Étant donné la complexité du partage des fonctions de gestion au sein des grandes structures sociales, les décisions qui donnent lieu à un comportement illégal au sein de la compagnie peuvent être prises à divers niveaux de la hiérarchie de la compagnie sans qu'aucun individu soit finalement responsable de cette activité illégale. Dans ces circonstances, la décentralisation de l'administration et la diffusion des responsabilités qui sont typiques des grandes compagnies peuvent encourager l'illégalité dans le comportement social...²⁰⁶

²⁰⁶ N. Sargent, "Law, Ideology and Corporate Crime: A Critique of Instrumentalism" (1989), 4 Can. J. of Law and Soc. 39, aux pp. 55 et 56.

Il semble donc clair que, pour que la compagnie soit placée entièrement dans le champ d'action du droit criminel, le droit doit être équipé convenablement et, notamment, au moyen d'un principe de responsabilité des compagnies convenablement conçu.

Le caractère suffisant sur le fond et la forme du libellé du principe de responsabilité criminelle des compagnies par la CRDC

A. La jurisprudence

Pour évaluer le caractère suffisant du projet de disposition de la CRDC pour régir la responsabilité criminelle des compagnies, il est utile de commencer par l'étude de la jurisprudence actuelle. La question principale qui se pose là a été de trouver une réponse à l'énigme de la culpabilité : comment concevoir la culpabilité d'une entité qui n'a, ni corps, ni esprit? Deux solutions peuvent être discernées dans la jurisprudence. D'une part, les tribunaux anglais se sont appuyés sur la soi-disant «théorie de l'identification». ²⁰⁷ Selon cette théorie, le tribunal commence par chercher un individu délinquant. Si cet individu peut être qualifié de dirigeant au sein de la hiérarchie de la compagnie – une «âme dirigeante» de la compagnie – alors le tribunal permet l'imputation de la culpabilité individuelle à la compagnie, pour fonder la responsabilité criminelle de celle-ci. Le principal problème que pose l'approche anglaise est le caractère limité de la définition que les tribunaux anglais ont donné à l'«âme dirigeante». Dans la décision fondamentale Tesco Supermarkets v. Nattras ²⁰⁸, la Chambre des lords a décidé que l'employé doit être l'un des fonctionnaires supérieurs de la compagnie pour être désigné comme «âme dirigeante». ²⁰⁹

²⁰⁷ Sur l'origine de cette théorie, voir Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd., [1915] A.C. 705.

²⁰⁸ [1972] A.C. 153.

²⁰⁹ Voir, notamment, ibid, à la p. 171.

D'autre part, la deuxième solution de l'énigme de la culpabilité est beaucoup plus générale que l'approche de l'arrêt Tesco et elle peut être vue, notamment, dans les décisions des tribunaux fédéraux américains. Dans les termes les plus simples, la stratégie a consisté à introduire dans le droit criminel un concept de la responsabilité du fait d'autrui fondé sur le droit des délits, selon lequel les compagnies sont responsables strictement des actes de leurs mandataires et de leurs fonctionnaires.²¹⁰ Le problème est que cette théorie introduit une contradiction théorique au cœur même du droit criminel, en éliminant le concept fondamental de la *mens rea*. C'est peut-être pour ce motif que les tribunaux des états américains ont rejeté la théorie adoptée par leurs équivalents fédéraux et préféré, plutôt, une théorie qui ressemble beaucoup à la «théorie de l'identification» anglaise.²¹¹

Les tribunaux canadiens ont tracé leur voie à mi-chemin entre l'approche anglaise et celle des tribunaux fédéraux américains. Dans l'arrêt fondamental de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Canadian Dredge and Dock Co. Ltd c. R.²¹², M. le juge Estey a rejeté, au nom de la Cour, toutes les théories fondées sur un concept de responsabilité du fait d'autrui comparable à celui du droit des délits.²¹³ Plutôt, il a fait appel à une version très élargie de la «théorie de l'identification», par rapport à celle que la Chambre des lords avait adoptée dans l'arrêt Tasco. Il a mentionné la nécessité de faire preuve de flexibilité en appliquant

²¹⁰ Voir, notamment, Egan v. U.S. (1943), 137 F.2d 369 (C.A., 8^e circuit).

²¹¹ Voir, notamment, People v. Canadian fur Trappers Corp. (1928), 248 N.Y. 159 (C.A. N.Y.).

²¹² (1985), 19 C.C.C. (3d) 1.

²¹³ *Ibid.*, à la p. 22.

le concept anglais selon lequel l'acte litigieux doit avoir été commis «dans le cadre de l'emploi»²¹⁴. Mais, ce qui est plus important, c'est la manière dont il a défini la notion d'«âme dirigeante». Il a indiqué clairement qu'il est possible qu'il existe une pluralité d'«âmes dirigeantes», que celles-ci peuvent occuper des fonctions relativement peu importantes au sein de la hiérarchie de la compagnie, et qu'elles peuvent être géographiquement dissociées du siège social.²¹⁵ En résumé, comme le note Don Hanna, une «âme dirigeante» peut occuper une fonction «aussi haute, ou aussi basse, que nécessaire» pour résoudre convenablement les besoins judiciaires que créent les caractéristiques de l'organisation contemporaine des compagnies.²¹⁶ Pourtant, M. le juge Estey impose en même temps certaines limites. Notamment, il indique clairement qu'une compagnie peut s'exonérer de l'imputation de responsabilité en prouvant que l'«âme dirigeante» agissait de manière entièrement frauduleuse contre la compagnie, ou bien que l'«âme dirigeante» agissait entièrement pour son «profit» personnel.²¹⁷

B. Les projets de codification

En plus de la jurisprudence, les projets parallèles des organismes de réforme du droit d'autres pays nous fournissent un autre point de vue pour évaluer la suffisance du projet de la CRDC. L'American Law Institute (ALI) et la Commission de réforme du droit anglaise ont ajouté à leurs projets de code criminel des dispositions qui régissent la responsabilité des compagnies. Dans les deux cas, ces dispositions diffèrent de la disposition canadienne sur le fond et, encore plus évidemment, sur la forme. Sur le fond, elles comprennent toutes les deux des versions assez

²¹⁴ *Ibid.*, à la p. 17.

²¹⁵ *Ibid.*, à la p. 23.

²¹⁶ D. Hanna, "Corporate Criminal Liability" (1988-89), 31 C.L.Q. 452, à la p. 466.

²¹⁷ *Supra*, note 212, aux p. 37 et 38.

restrictives de la théorie de l'identification. La Commission de réforme s'appuie sur le libellé de la décision Tasco²¹⁸, alors que l'ALI se fonde sur la théorie adoptée par les tribunaux des états américains.²¹⁹ Mais c'est la forme expansive de ces deux dispositions qui constitue leur caractéristique la plus frappante. Toutes deux sont plus complexes et détaillées que celle qui est proposée par la CRDC.

Comme nous l'avons suggéré, la jurisprudence et les projets de codification qui ont été faits dans d'autres pays offrent les aunes les plus évidentes au moyen desquelles on peut juger la suffisance, sur le fond et sur la forme, de la disposition proposée par la CRDC en matière de responsabilité criminelle des compagnies. En ce qui concerne la forme, il n'y a aucun doute que cette disposition se distingue par sa brièveté et sa simplicité. À ce titre, il s'agit d'une amélioration notable par rapport aux projets comparables de codification.

En ce qui concerne l'insuffisance du fond, le point de départ le plus utile est la jurisprudence antérieure, et notamment l'arrêt fondamental canadien Canadian Dredge and Dock. Le projet de disposition de la CRDC semble essayer de codifier les principaux éléments de la décision de la Cour suprême en l'espèce. Si tel est le cas, deux questions se posent : 1) la disposition synthétise-t-elle convenablement la théorie de l'identification de M. le juge Estey? 2) Cette théorie offre-t-elle une approche convenable aux problèmes de la responsabilité criminelle des compagnies? On peut répondre à la première question dans l'affirmative. L'alinéa 2(5)a) énonce que la responsabilité est imputée à la compagnie dont le mandataire ou l'employé agit avec une certaine forme de «pouvoir», si l'acte a été perpétré «dans les limites de leurs pouvoirs» et «en son [la société] nom». Toutes les parties du libellé de la théorie par M. le juge Estey sont donc présentes.

²¹⁸ *Supra*, note 24, à l'al. 30(2)b).

²¹⁹ *Supra*, note 23, à l'al. 2.07(1)c).

La deuxième question, sur le caractère suffisant - en général - de la théorie de l'identification elle-même, peut être la plus difficile à résoudre. D'une part, les avantages de la théorie sont évidents. La fiction de l'*«âme dirigeante»* permet de traiter la responsabilité criminelle des compagnies comme étant à la fois primaire et personnelle. Elle protège donc l'intégrité des concepts traditionnels de la responsabilité, et des notions d'*actus reus* et de *mens rea*. À ce titre, on répond à l'inquiétude des anciens commentateurs, selon lesquels le principe de la responsabilité criminelle des compagnies ne pouvait être adopté qu'au prix d'une contradiction théorique. Cependant, on peut prétendre que la protection de la cohérence théorique a des inconvénients, notamment en ce qui concerne l'efficacité fonctionnelle. Bien entendu, comme on l'a déjà noté, la version canadienne de la théorie d'identification est la plus souple et la plus générale actuellement. Ces vertus se reflètent dans le projet de disposition de la CRDC, ce qui la distingue des dispositions plus restrictives qui sont proposées par la Commission de réforme du droit anglaise et l'ALI. Mais nonobstant tout ce qui précède, nous pensons que la théorie de l'identification constitue inévitablement un obstacle à une véritable efficacité fonctionnelle en ce qui concerne la poursuite de la criminalité des compagnies. Comme on l'a noté dès le début, la raison principale d'adopter un principe de responsabilité des compagnies doit être de permettre au droit de tenir compte de la réalité de l'action des compagnies, notamment de l'éparpillement de la prise de décision au sein de la compagnie moderne. Cependant, la nature même de la théorie de l'identification implique que, dans certains cas au moins, le droit ne pourra atteindre son objectif. Il ne pourra surmonter l'obstacle qui est créé inévitablement par la nature même de l'activité sociale. Les raisons de cet échec sont assez évidentes. Quelle que soit la généralité de la définition de l'*«âme dirigeante»*, il n'en demeure pas moins qu'aucune responsabilité ne peut être imputée tant qu'on n'a pas trouvé une personne physique qui combine, de la manière qui convient, l'*actus reus* et la *mens rea* nécessaires. Et compte tenu du caractère fragmentaire de l'activité sociale, cela n'est pas toujours possible. Comme le note la CRDC elle-même : «l'un des administrateurs pourrait accomplir l'acte matériel, tandis que l'élément moral de

l'infraction serait imputable à un autre, sans que ni l'un ni l'autre puisse être tenu pour responsable.»²²⁰ Bien sûr, en dépit des prétentions selon lesquelles la théorie de l'identification place les compagnies et les personnes physiques sur un pied d'égalité devant la loi, ce n'est pas le cas en réalité. Contrairement à une personne physique, une compagnie ne peut être poursuivie pénalement tant qu'un co-auteur du niveau requis de culpabilité ne peut être trouvé.

La CRDC a répondu dans une certaine mesure à ces problèmes en ajoutant l'alinéa 2(5)b), qui permet d'imposer la responsabilité dans les crimes de négligence «même si un administrateur, dirigeant ou employé ne peut être tenu pour personnellement responsable de la même infraction». Cependant, on peut penser que l'approche la plus complète – est donc la meilleure – est celle qui se trouve dans l'«autre possibilité» :

Une personne morale est responsable de la conduite de ses administrateurs, dirigeants et employés agissant en son nom et dans les limites de leurs pouvoirs, et dont on peut présumer qu'ils sont investis de pouvoirs quant à l'élaboration ou à la mise en oeuvre des politiques de la personne morale, même si un administrateur, dirigeant ou employé ne peut être tenu personnellement responsable de la même infraction.²²¹

Dans ce cas, la structure fondamentale de la théorie de l'identification est protégée, mais l'obligation d'assujettir la responsabilité sociale à la culpabilité individuelle est abandonnée. Plutôt, les éléments nécessaires de la culpabilité peuvent être tirés, pièce par pièce, des actes et des intentions de tous ceux qui peuvent avoir participé à l'activité sociale attaquée. Selon la disposition «alternative», la compagnie mécréante ne peut se cacher dans le labyrinthe des procédures sociales. Comme le reconnaît la CRDC, «cette disposition place ainsi la personne morale sur le même pied que la personne physique». ²²²

²²⁰ *Supra*, note 20, à la p. 27.

²²¹ *Ibid.*, à la p. 26.

²²² *Ibid.*, à la p. 27.

Le caractère suffisant de la portée du libellé de la CRDC

Plusieurs raisons peuvent expliquer la décision de limiter la portée du projet de disposition de la CRDC aux compagnies. La théorie de l'identification a été traditionnellement limitée aux compagnies et, dans la mesure où la CRDC a tenté de synthétiser cette théorie dans son propre projet, la limite de celui-ci semble découler naturellement de la première. De plus, il se peut que la limitation s'appuie sur des arguments politiques. Le Groupe de travail du ministère de la Justice fait explicitement mention des «conséquences politiques de l'application de la responsabilité criminelle aux syndicats, en vertu de ce principe».

²²³ Pourtant, on peut prétendre qu'il n'y a aucune raison de principe pour différencier les compagnies des associations non constituées, pour les fins de la responsabilité pénale. L'élargissement de la portée du projet de disposition mérite d'être étudié, au moins à l'avenir. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'actuellement cette question a été peu étudiée par les tribunaux et par les commentateurs. Par conséquent, la décision de la CRDC de limiter la portée de son projet de disposition aux organismes constitués en compagnies semble correcte, au moins à titre provisoire.

Les conséquences de la disposition de la CRDC en ce concerne les autres domaines du droit criminel

La décision d'introduire la responsabilité sociale dans le Code criminel soulève nécessairement des questions à l'égard de la définition des actes criminels commis par les individus et, d'une manière plus générale, à l'égard des catégories d'actes criminels qui devraient être incluses dans la «Partie spéciale». D'une part,

²²³ Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada, supra, note 18.

il faut faire attention aux libellés des dispositions qui régissent les actes criminels existants, de manière à s'assurer que les compagnies ne jouissent pas d'une immunité uniquement grâce à des définitions. De plus, ce qui peut être plus important, le principe de la responsabilité criminelle des compagnies semble exiger qu'il faille envisager d'ajouter de nouveaux actes criminels, de manière à s'assurer que le droit criminel est équipé convenablement pour répondre à toutes les capacités de causer préjudice de la compagnie. À cet égard, un point de départ utile pourrait être la liste de délits légaux - en dehors du *Code criminel* - qui sont habituellement distingués des «vrais crimes» et placés sous la rubrique des «infractions contre l'ordre social». ²²⁴ Si le projet de disposition relative à la responsabilité des compagnies vise à fournir un moyen efficace de traiter les préjudices causés par les compagnies, cette disposition doit être complétée par un système de hiérarchie des actes criminels qui tient compte des véritables capacités des compagnies, ce qui peut rendre nécessaire l'ajout d'infractions qui sont actuellement confinées à la périphérie du droit criminel. ²²⁵

Les conséquences de la disposition de la CRDC en ce qui concerne le droit qui régit les sanctions criminelles

La dernière question à traiter n'est certes pas la moins importante. Comme l'indique Hanna, la question des sanctions est, en réalité, «la queue qui remue le chien de la responsabilité criminelle des compagnies». ²²⁶ Cependant, ici aussi, les problèmes sont considérables. D'une part, comme on l'a déjà noté, il n'y a en général que peu d'attrait pour le régime actuel des sanctions contre les compagnies, qui est fondé

²²⁴ Voir, notamment, *supra*, note 206, aux pp. 53 et 58.

²²⁵ Un exemple évident serait l'ajout au *Code criminel* d'un crime de pollution industrielle. Sur ce sujet, voir : J. Wilson, "Re-thinking Penalties for Corporate Environmental Offenders" (1986), 31 McGill L. J. 313.

²²⁶ *Supra*, note 216, à la p. 468.

entièrement sur les amendes. Par contre, il y a peu de consensus quant aux alternatives qui conviennent. Pourtant, si le projet de disposition veut avoir un effet pratique, il doit être complété par un régime de sanctions qui sont taillées en fonction de la véritable nature de la compagnie. Pour cela, nous pensons qu'il faut étudier les travaux des commentateurs qui ont développé des options en matière de droit criminel des compagnies qui, non seulement, tiennent compte de la véritable nature de la compagnie, mais qui sont aussi fondées sur le principe que la compagnie peut sans doute être assujettie aux objectifs sous-jacents du droit criminel. En particulier, ces sanctions peuvent comprendre l'injonction punitive, la probation, l'ordonnance de service à la communauté, l'ordonnance de publicité négative, le versement d'indemnité et même l'abrogation partielle des permis et la nationalisation immédiate. Dans certains cas, la valeur de ces sanctions découlerait de leur effet dissuasif. Par conséquent, les menaces de publicité négative, d'abrogation des permis ou de nationalisation immédiate, auraient sans doute un effet salutaire sur les idées des décideurs de la compagnie.²²⁷ D'autres sanctions tireraient leur valeur de leur effet de réhabilitation. Par exemple, l'injonction punitive et la probation de la compagnie obligeraient cette dernière à corriger sa conduite à l'avenir, en prenant des mesures contre les employés délictueux et en adoptant des mesures propres à «purifier» ses procédures de décision.²²⁸ D'autres sanctions tireraient leur valeur de leur effet punitif. Par exemple, l'imposition à la compagnie de l'obligation d'indemniser la victime de ses actes, ou d'exécuter certaines formes de services à la communauté, obligerait celle-ci à supporter les conséquences de sa criminalité.²²⁹

²²⁷ Voir, par exemple, *ibid.*, aux pp. 478 et 479.

²²⁸ Voir, par exemple, B. Fisse, "Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions" (1983), 56 So. Calif. L.R. 1141, aux pp. 1164 à 1166 et 1223 à 1224.

²²⁹ Voir, par exemple, *ibid.*, aux pp. 1226 à 1229; CRDC, Responsabilité dans la conduite collective, document de travail 16, Ottawa, la Commission, 1976, à la p. 47.

Conclusion

Sans aucun doute, la décision de la CRDC de codifier le principe de la responsabilité pénale des compagnies est brave. Plus précisément, on peut prétendre que c'est la bonne décision. Les débats se poursuivent en ce qui concerne la sagesse d'un tel principe. Cependant, pour que le nouveau *Code* soit véritablement complet et, notamment, pour que les compagnies soient assujetties au droit criminel, il est absolument inévitable d'introduire un tel principe.

De plus, la décision de la CRDC de tenir compte de la jurisprudence canadienne et, notamment, de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Canadian Dredge and Dock, était tout à fait valable. Cependant, en même temps, la théorie de la responsabilité sociale énoncé par M. le juge Estey doit être quelque peu modifiée si elle veut offrir des moyens efficaces, pratiquement, pour traiter le problème de la criminalité des compagnies. Notamment, il faudrait abandonner l'obligation de prouver la culpabilité individuelle pour imputer la responsabilité à la compagnie. La meilleure approche, la plus réaliste, est celle qui se trouve dans l'«autre possibilité».

Bien entendu, le fait de régler correctement la forme et le fond de la nouvelle disposition n'épuise pas les questions que soulève le projet d'ajout de celle-ci. Il faudrait également étudier sa portée et, notamment, la nécessité d'étendre sa portée de manière à l'appliquer aux associations non constituées. De plus, il semble clair que n'importe quelle décision d'adopter un principe de responsabilité criminelle des compagnies doit être complétée par une re-conceptualisation de la hiérarchie des infractions qui est énoncée dans le *Code* et de la hiérarchie des sanctions qui sont disponibles en droit criminel. Il n'est guère utile de permettre les poursuites contre les compagnies si l'on ne s'assure pas que celles-ci peuvent être accusées et punies efficacement et correctement. En fin de compte, il semble clair que la décision de codifier le principe de responsabilité pénale des compagnies n'offre pas, à elle seule, une solution aux problèmes juridiques soulevés par la criminalité sociale. Il s'agit simplement d'un début de solution.

LA RÉFORME DE LA DÉTERMINATION DE LA PEINE
Douglas Murray

En 1990, le ministère de la Justice a publié un Livre vert²³⁰ sur la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la libération sous condition. Ce rapport déclarait que le système actuel de détermination de la peine au Canada avait grandement besoin de directives légales. La codification des directives donnerait aux magistrats une idée plus claire des objectifs de la détermination de la peine. Elle réduirait l'utilisation de l'incarcération et accroîtrait, d'une manière ou d'une autre, l'utilisation de sanctions intermédiaires. Les objectifs énoncés se transmettraient dans les domaines des affaires correctionnelles et de la libération sous condition. À première vue, ces modifications créeraient un processus de détermination de la peine plus rationnel, juste et compréhensible.

Cependant, les objectifs et les principes particuliers qui sont recommandés par le Livre vert de 1990 du ministère encouragent le même genre de justice arbitraire que le ministère est censé corriger. Le Livre vert est un pas en arrière par rapport à la priorité accordée à la proportionnalité par la Commission canadienne sur la détermination de la peine. Plutôt, il permet le même genre de «confusion» entre les divers objectifs (la réhabilitation, la dissuasion, la neutralisation, la proportionnalité et la réparation à la victime) qui ont rendu le processus de détermination de la peine tellement imprévisible et injuste pendant si longtemps. Non seulement ces objectifs traditionnels se contredisent fréquemment (par exemple, un jeune délinquant sans emploi peut être un bon candidat de la réhabilitation, tout autant qu'un délinquant à «haut risque», qui devrait être neutralisé) mais, de plus, certains d'entre eux ne peuvent être justifiés isolément (notamment la dissuasion et la neutralisation).

²³⁰ Ministère de la Justice et Solliciteur général, Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition, (le «Livre vert»), qui se réfère au volume distinct sur La détermination de la peine et Les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition, à la p. 17.

Le présent article suggère que l'objectif primordial est une «proportionnalité» modifiée. Essentiellement, la proportionnalité est le concept selon lequel la punition doit être proportionnelle au crime commis. Cependant, dans le cadre des paramètres de la sentence qui est prononcée, nous recommandons que l'objectif secondaire de la réhabilitation soit recherché chaque fois que possible. Un autre changement consisterait à faire de la réparation aux victimes un autre objectif secondaire.

Ce qui est peut être plus important, c'est que cet article rejette les objectifs fréquemment invoqués de la dissuasion générale et de la neutralisation.

Sommaire

Nous étudierons chaque objectif traditionnel de la détermination de la peine. Cela nous permettra de comprendre pourquoi le choix des objectifs que fait le présent article est le plus juste et le mieux harmonisé avec les questions connexes.

Cet article fera ensuite six recommandations qui découlent du choix de l'objectif de proportionnalité modifiée. Les voici : les facteurs qui doivent être étudiés lors de la détermination de la peine, la création d'une «Commission de surveillance de la détermination de la peine», l'abolition du concept actuel de libération conditionnelle et l'abrogation des dispositions du *Code criminel* sur les «délinquants dangereux».

Une étude des objectifs traditionnels

La réhabilitation

On a prétendu qu'en général la réhabilitation ne fonctionne pas, parce que même les «experts» (les psychologues, les psychiatres, les travailleurs sociaux et les agents de libération conditionnelle) sont incapables de prévoir correctement le comportement futur ou les moyens de réhabiliter d'anciens

délinquants, ou les deux.²³¹ Il est donc déraisonnable de demander à un juge de faire une évaluation hautement personnalisée d'un délinquant, qui peut avoir un effet de réhabilitation ou n'en avoir aucun.²³²

La Commission canadienne de détermination de la peine a porté jusqu'à l'extrême sa désillusion à l'égard de la réhabilitation. Elle a rejeté totalement celle-ci comme motif valable de détermination de la peine.

«Il n'y a pas de données complètes qui soutiennent le concept selon lequel les tribunaux peuvent, en général ou en ce qui concerne des groupes particuliers identifiables, imposer des sanctions qui offrent une probabilité raisonnable de réhabiliter les délinquants.»²³³

Cependant, le bon sens nous indique que la détermination de la peine, et tous les outils dont elle dispose, doivent exercer une certaine influence sur les comportements des criminels. Puisque nous dépensons déjà des ressources dans l'incarcération et d'autres sanctions, pourquoi ne pas faire l'effort de placer les délinquants dans des programmes qui offrent une possibilité, même infime, de réformer ceux-ci, même d'une manière infime.

«La conduite criminelle à venir des délinquants peut être influencée! Bien loin d'appuyer la fuite vers la primauté du principe de proportionnalité, la littérature existante appuie solidement une politique de détermination de la peine qui encourage les efforts de réhabilitation, plutôt que les décourager, et qui encourage un accroissement de la recherche fondamentale à l'égard de ce qui fonctionne, avec qui et dans quelles conditions.»²³⁴

²³¹ J.V. Roberts, Empirical Research on Sentencing, Ottawa, ministère de la Justice, 1988, à la p. 11.

²³² T. Gabor, "Looking Back or Moving Forward: Redistributivism and the Canadian Sentencing Commission's Proposals" (1990), 32 Cdn. J. of Crim. 537, à la p. 537.

²³³ Commission canadienne de la détermination de la peine, Sentencing Reform: A Canadian Approach, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1987, à la p. 8.

²³⁴ D.A. Andres, "Some Criminological Sources of the Anti-Rehabilitation Bias in the Report of the Canadian Sentencing Commission" (1990), 32 Cdn. J. of Crim. 511, à la p. 514.

De plus, si nous rejetons entièrement la possibilité de réhabilitation et si nous adoptons la théorie de proportionnalité de la Commission canadienne de détermination de la peine, nous condamnons les récidivistes à être punis toute leur vie. Nous disons qu'ils ne valent pas l'effort de les aider, mais qu'ils valent la peine d'être punis sévèrement chaque fois qu'ils répètent leur conduite criminelle.²³⁵

Actuellement, un grand nombre de sanctions intermédiaires utilisables (c.-à-d. les services communautaires, les maisons de transition) visent une certaine forme de réhabilitation. Ces sanctions sont en place depuis des années et ont eu divers degrés de succès pour aider les délinquants à acquérir un certain sens de la responsabilité ou pour surmonter leurs problèmes mentaux, psychologiques et de dépendance, ou les deux. Ces programmes doivent être encouragés, non seulement à cause des possibilités qu'ils offrent en matière de réhabilitation, mais également parce qu'ils permettent d'introduire dans le processus de détermination de la peine une plus grande flexibilité et une moindre dépendance à l'égard de l'incarcération.

La dissuasion

Le concept d'utilisation de la punition des délinquants pour dissuader d'autres membres de la société de commettre des infractions a été populaire à diverses époques. On ne peut nier que la sévérité de la punition peut sans doute fournir une certaine forme de dissuasion des infractions qui requièrent davantage de prémeditation. Par exemple, les compagnies peuvent agir exclusivement en fonction des profits et des pertes. Lorsqu'elles étudient la possibilité d'accomplir des actes qui peuvent soulever la responsabilité criminelle, la punition qui les attend (c.-à-d. l'importance de l'amende) est comparée - au dollar près - au bénéfice possible. Toutefois, il s'agit du cas extrême de l'auteur rationnel.

²³⁵ *Ibid.*, à la p. 515.

La majorité des délinquants n'évaluent jamais les inconvénients de la commission d'une infraction en pesant ainsi les coûts par rapport aux avantages. Il serait extrêmement difficile d'évaluer les avantages concrets de la commission d'un vol à main armée par rapport au coût d'un séjour en prison. Même si un délinquant pouvait faire cela d'une manière subjective, il n'y aurait pas deux personnes qui évaluerait le rapport coûts/bénéfices de la même manière. Comment peut-on s'attendre à ce que la magistrature fixe des sentences qui visent à dissuader la société en général de commettre des infractions particulières? Le concept de dissuasion traîne péniblement aux alentours sans qu'aucune preuve concrète ne démontre s'il peut fonctionner, ou bien comment.

La détermination de la peine, et sans doute la totalité du processus d'arrestation, de mise en accusation, de procès, etc., constituent des formes de dissuasion. La dissuasion a toujours été un sous-produit valable du processus criminel. Cependant, il est à la fois inutile et erroné d'aller plus loin et d'en faire l'objectif de la détermination de la peine.

Par conséquent, on ne peut utiliser la dissuasion comme principe primaire pour établir les sanctions appropriées. Contrairement à la réhabilitation, la dissuasion ne peut être utilisée, même comme objectif secondaire, à cause de la possibilité qu'elle offre d'augmenter les condamnations. Comme nous le verrons plus tard, il serait à la fois irrationnel et injuste de permettre que la sentence soit disproportionnée par rapport au crime commis.

La neutralisation

Le concept de neutralisation s'appuie sur la conviction que les contrevenants dangereux ou sérieux, ou les deux, qui constituent un risque pour la société devraient être écartés plus longtemps. Bien sûr, la société doit être protégée. Le Livre vert considère que la protection de la société constitue l'objectif le plus important dans la détermination de la peine. Cependant, la neutralisation n'atteint cet objectif qu'à un coût trop élevé pour la liberté individuelle et d'une manière trop arbitraire.

La neutralisation présume que la sentence prononcée n'est pas assez longue et que le délinquant représentera, pour la société, un danger pendant une période plus longue. Mais pendant combien de temps? Les peines de prison qui seraient imposées en application d'un principe de proportionnalité neutraliseraient le délinquant pendant leur durée, comme toutes les formes de punition par incarcération. Les partisans de la neutralisation veulent aller au delà de cet effet secondaire et faire de la neutralisation un objectif dominant de la détermination de la peine. Si nous présumons que nous pouvons surmonter les problèmes, au moyen des facteurs qui sont utilisés pour évaluer le «risque» (ce qui comprend les préjugés contre les membres de minorités, dont l'absence de statut social devient un facteur aggravant), nous devons quand même insister toujours sur l'existence d'un principe crédible pour décider la durée supplémentaire d'une sentence de prison pour atteindre l'objectif de neutralisation.

Pourtant, tout comme pour ce qui concerne les autres objectifs utilitaires (la dissuasion et, dans une moindre mesure, la réhabilitation), les «experts» n'ont que peu ou pas de moyens à leur disposition pour indiquer les circonstances ou la durée d'un risque. Si l'on utilise la prévention d'un danger futur pour la société comme un motif de détermination de la peine, les «bénéfices» n'existent que si la peine imposée est beaucoup plus longue que si l'on utilise un autre motif.²³⁶ A cause de la nature arbitraire du calcul, la neutralisation ne peut être justifiée.

Ce qui est plus important, cette théorie échoue également dans les faits lorsqu'on mesure l'efficacité de la neutralisation par la mesure de la réduction de la criminalité. Une étude américaine a démontré que les peines minimales obligatoires et «les autres stratégies plus punitives» ne provoquaient que des baisses virtuellement négligeables du taux de criminalité.²³⁷

²³⁶ A. von Hirsch, "The Politics of "Just Deserts"" (1990), 32 Cdn. J. of Crim. 397, à la p. 408.

²³⁷ *Supra*, note 231, à la p. 10.

De plus, bien que le présent article ait déclaré que la réduction de l'emprisonnement ne devrait pas être étudiée lors de la conception d'un principe, il faut noter que la neutralisation ne faciliterait presque certainement pas la réduction de l'emprisonnement.

«Le problème que pose la neutralisation comme stratégie de contrôle de la criminalité est simple : pour que la criminalité diminue d'une manière appréciable, il faudrait emprisonner sans nécessité un nombre trop élevé de gens.»²³⁸

La proportionnalité

Selon ce concept, la peine devrait être proportionnelle à la «gravité» de l'infraction et au «niveau de responsabilité» du délinquant.²³⁹ Le succès ou l'échec de ce principe ne peut être mesuré par aucun objectif visé en ce qui concerne la récidive ou les taux de criminalité en général. Les partisans de la «proportionnalité» pensent que la détermination de la peine devrait simplement assurer le respect de la règle de droit, qui assure la cohésion de la société. Le respect du droit diminue si l'on perçoit que les punitions imposées sont arbitraires et n'ont pas de relation claire avec le comportement qui en est la cause.

Les critiques soulignent qu'en mettant l'accent exclusivement sur la conduite du délinquant, la «proportionnalité» ignore les inégalités sociales sous-jacentes qui, non seulement, peuvent avoir provoqué l'infraction mais aussi qui placent le délinquant dans une situation d'inégalité devant le tribunal (c.-a-d. un avocat moins qualifié). Le principe de pure «proportionnalité» met principalement l'accent sur les facteurs qui définissent la gravité de l'acte criminel et n'accorde que peu ou pas d'importance aux facteurs sociaux (c.-a-d. l'emploi, la formation, l'âge). On prétend que cela inviterait les tribunaux à utiliser les mêmes facteurs comme indices du risque, et à imposer des peines encore plus longues aux délinquants qui subissent des inégalités sociales.

²³⁸ *Supra*, note 234.

²³⁹ *Ibid.*, à la p. 10.

Cependant, dans un système dans lequel la neutralisation ne constitue pas un motif sous-jacent de la détermination de la peine, ni une directive particulière, il n'est pas nécessaire que cela se produise. Les juges peuvent tenir compte des caractéristiques particulières des délinquants, mais ils ont été instruits de ne pas utiliser ces caractéristiques dans le sens de la «dangerosité». Plutôt, les facteurs ne font qu'aggraver, ou réduire, le «caractère blâmable» de l'infraction commise par un délinquant.

La réparation aux victimes

Lorsque cela est possible, le tribunal devrait obliger les délinquants à reconnaître le préjudice causé aux victimes et à rendre compte pour réparer (un facteur de réduction de la peine).²⁴⁰ Il n'y a aucun motif valable pour ne pas faire de cela un objectif secondaire, semblable au principe de réhabilitation proposé par le présent article. Tant que la réparation imposée ne rend pas la peine plus dure ou plus longue, cela ajouterait une autre dimension, utile socialement, à la détermination de la peine.

Recommandations

Cet article a démontré que le principe de «proportionnalité», adouci par les objectifs secondaires de la réhabilitation et de la réparation pour les victimes, doit être utilisé pour guider le processus canadien de détermination de la peine. Pour assurer que ces objectifs sont poursuivis d'une manière efficace, compte tenu du système actuel et des remarques faites par des projets concurrents, nous proposons les recommandations suivantes.

- 1) L'ajout au *Code criminel* d'une «déclaration des objectifs de la détermination de la peine» légale.
- 2) Cette déclaration sera libellée comme suit :
 - 1) L'objectif fondamental de la détermination de la peine devrait être de protéger l'autorité de la loi et

²⁴⁰ I. Waller, "Victims, Safer Communities and Sentencing" (1990), 32 Cdn. J. of Crim. 461, à la p. 462.

d'encourager le respect de celle-ci, au moyen de l'imposition de sanctions justes.

2) Pour atteindre l'objectif énoncé ci-dessus, un tribunal qui impose à un délinquant une peine pour la commission d'une infraction, exerce ses pouvoirs discrétionnaires dans le cadre prescrit par la présente loi ou toute autre loi et en conformité avec les principes suivants :

- (a) pour être juste, la punition doit être liée à une infraction criminelle et appliquée d'une manière cohérente;
- (b) une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au niveau de responsabilité du délinquant;
- (c) la réhabilitation du délinquant et la restitution des biens devraient être encouragées lorsqu'elles peuvent être effectuées dans le cadre d'une punition juste de l'acte criminel;
- (d) la neutralisation des délinquants et la dissuasion générale ne sont pas des objectifs de la détermination de la peine;
- (e) une peine d'emprisonnement est un moyen de dernier ressort qui n'est imposé que :
 - (i) si aucune autre sanction ne peut refléter suffisamment la gravité d'une infraction ou le caractère répétitif de la conduite criminelle d'un délinquant;
 - (ii) pour pénaliser un délinquant qui, sciemment, ne s'est pas conformé aux conditions d'une autre peine qui lui a été imposée, lorsqu'aucune autre sanction ne semble suffisante pour imposer le respect des conditions.

3) Abrogation du concept actuel de la libération sous condition. La libération sous condition serait simplement une période de surveillance obligatoire en dehors de la prison qui s'appliquerait à la dernière partie d'une peine d'emprisonnement. La libération sous condition viserait à faciliter la réintégration du délinquant dans la société avant l'achèvement de sa peine. Le principe actuel de la réintégration demeurera le même. Cependant, le pouvoir discrétionnaire de libérer ou de détenir des détenus en fonction d'une évaluation du «risque» serait abrogé. La capacité actuelle de modifier une peine au moment de la mise en liberté sous condition, compte tenu du risque de répétition d'une infraction, consiste à dire : «Nous vous avons imposé une peine parce que vous avez commis un acte mauvais, mais

maintenant que nous l'avons fait, vous ne sortirez pas parce que nous pensons que vous êtes une personne mauvaise». Cela a des relents de mentalité du milieu du dix-neuvième siècle.

La date exacte du début de la libération sous condition serait décidée par le juge du procès au moment de la détermination de la peine. Les directives en matière de détermination de la peine à l'égard d'infractions particulières recommanderont des ratios spécifiques entre l'emprisonnement et la libération conditionnelle (par exemple, 70 % de la peine d'emprisonnement pour agression sexuelle doit être purgée en prison).

- 4) La création d'une Commission de surveillance de la détermination de la peine. Cette commission aurait la responsabilité du délinquant entre le moment où la peine est imposée et sa sortie du système. Les services correctionnels continueraient à exercer leurs compétences, mais cette Commission aurait la capacité de réviser toutes les décisions relatives au traitement des délinquants qui se trouvent en prison.

Ce qui est peut-être plus important, la Commission de surveillance de la détermination de la peine créerait et mettrait à jour des directives qui devraient être utilisées par les juges de première instance. Ces directives, conformes au principe énoncé dans la recommandation n° 2, auraient une valeur présumptive. Pour de nombreuses infractions, la sanction présumée serait orientée vers la communauté, alors que les infractions les plus sérieuses emporteraient une présomption d'incarcération.

- 5) Les facteurs que le juge d'instance étudierait au moment de la détermination de la peine comprendraient ceux qui reflètent la gravité de l'infraction et le caractère blâmable (la responsabilité) de l'acte du délinquant. Le juge pourrait également tenir compte des caractéristiques du délinquant qui rendent des punitions particulières plus ou moins sévères pour cette personne, étant donné que la punition doit, en fin de compte, être proportionnelle à la sévérité de l'infraction. Le juge de première instance peut également tenir compte d'autres facteurs qui visent à atteindre les objectifs et à respecter les principes fondamentaux.

- 6) L'abrogation des dispositions des articles 752 à 761 du *Code criminel* relativement aux «délinquants dangereux». Ces dispositions permettent l'emprisonnement du délinquant pendant une période indéterminée à la suite d'une évaluation de leur capacité de conduite violente. Il est clair que cela va au-delà de la punition en fonction de la sévérité des crimes commis.

Dans l'arrêt R. c. Swain²⁴¹ la Cour suprême du Canada a décidé que l'emprisonnement d'une durée indéfinie des aliénés mentaux contrevient aux articles 7 et 9 de la Charte des droits. Maintenant, le traitement du prévenu aliéné doit être décidé en fonction de ce qui est nécessaire pour dépasser cet état et protéger le public. Il est possible que la même conclusion soit atteinte en ce qui concerne l'incarcération d'une durée indéfinie des délinquants «dangereux». Cela ferait probablement sortir de nombreux délinquants dangereux des prisons et placerait ceux-ci dans quelques programmes nouveaux qui porteraient davantage sur leurs problèmes particuliers. Avec l'aide de preuves fournies par des spécialistes du domaine, le juge de première instance pourrait encore être celui qui rendrait cette sentence unique. Si, dans ces circonstances, la neutralisation reste considérée comme un objectif, elle ne doit pas être davantage qu'une exception au principe général de «proportionnalité».

²⁴¹ (1991), 63 C.C.C. (3d) 481.

MAIL ➤ POSTE

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid Port payé

Lettermail

Poste-lettre

K1A 0S9
Ottawa

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

WITNESSES

From the University of Toronto, Faculty of Law:

Sharon Nicklas;
Orlando Da Silva;
Professor Martin Friedland.

TÉMOINS

De l'Université de Toronto, Faculté de droit:

Sharon Nicklas;
Orlando Da Silva;
Professeur Martin Friedland.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 3

Tuesday, June 16, 1992

Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 3

Le mardi 16 juin 1992

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee
on the*

Recodification of the General Part of the Criminal Code

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor
General*

Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la

Recodification de la Partie générale du Code criminel

du Comité permanent de la justice et du solliciteur général

RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la partie générale du *Code criminel*

WITNESSES:

(See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Third Session of the Thirty-fourth Parliament,
1991–92

Troisième session de la trente-quatrième législature,
1991–1992

SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE
SOLICITOR GENERAL

Chairperson: Blaine Thacker

Members

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU
SOLICITEUR GÉNÉRAL

Président: Blaine Thacker

Membres

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

Published under authority of the Speaker of the
House of Commons by the Queen's Printer for Canada.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

Publié en conformité de l'autorité du Président de la Chambre
des communes par l'Imprimeur de la Reine pour le Canada.

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, JUNE 16, 1992
(7)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 10:10 o'clock a.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Witnesses: From the Canadian Police Association: James Kingston, Chief Executive Officer; Robert Brennan, Editor.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (*See Minutes of Proceedings and Evidence, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1.*)

James Kingston made an opening statement and, with Robert Brennan, answered questions.

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by the Canadian Police Association be printed as an appendix to this day's *Minutes of Proceedings and Evidence*. (*See Appendix "CODE-4".*)

At 11:33 o'clock a.m., the sitting was suspended.

At 11:36 o'clock a.m., the sitting resumed *in camera*.

The Sub-Committee discussed its future business.

It was agreed,—That the Sub-Committee of the Standing Committee of Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code (three Members, the Clerk, Senior Analyst and one Consultant) seek the authorization of the House to travel to Canberra, Australia, and to Auckland and Wellington, New Zealand, for the period of Tuesday, September 8, to Sunday, September 20, 1992 in order to participate at the Fourth International Congress on Criminal Law as well as to participate in working sessions with the Australian and New Zealand parliamentarians and Senior Officials and that the Clerk be instructed to prepare a Budget proposal for the Budget Sub-Committee of the Liaison Committee.

At 11:55 o'clock a.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

PROCÈS-VERBAL

LE MARDI 16 JUIN 1992
(7)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 10 h 10, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (président).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Témoins: De l'Association canadienne des policiers: James Kingston, directeur exécutif; Robert Brennan, rédacteur.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (*voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1*).

James Kingston fait un exposé et, de même que Robert Brennan, répond aux questions.

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par l'Association canadienne des policiers, figure en annexe aux *Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui* (*Voir Appendice «CODE-4»*).

À 11 h 33, la séance est suspendue.

À 11 h 36, la séance reprend à huis clos.

Le Sous-comité discute de ses travaux à venir.

Il est convenu,—Que le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général (incluant trois membres, le greffier, l'analyste et un consultant), demande à la Chambre la permission de se rendre à Canberra, en Australie, ainsi qu'à Auckland et Wellington, en Nouvelle-Zélande, du mardi 8 au dimanche 20 septembre 1992, afin d'assister au Quatrième Congrès international de droit pénal et de participer à des séances de travail en compagnie de parlementaires et de fonctionnaires australiens et néo-zélandais; que le greffier prépare une proposition budgétaire pour être soumise au Sous-comité des budgets du Comité de liaison.

À 11 h 55, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

[Text]

EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Tuesday, June 16, 1992

• 1009

The Chairman: I will now call the meeting to order. This subcommittee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General is reviewing the recodification of the general part of the Criminal Code.

We're privileged to have before us this morning the Canadian Police Association, led by James Kingston, Chief Executive Officer; he is known to all of us. With him is Diane Lalonde, administrative secretary, and Robert Brennan, editor. Welcome to our committee. I was telling you earlier that this is the first brief that gets into specifics and really throws out some challenges. We look forward to your evidence. Mr. Kingston, would you start.

Mr. James Kingston (Chief Executive Officer, Canadian Police Association): Thank you, sir. First, I would like to offer our apologies and make a couple of corrections. On page 1, certainly "genteel" should be the proper word, not "gentile".

• 1010

The Chairman: Are you talking about the committee?

Mr. Kingston: I think we're all gentiles, or most of us are, but we're talking about a genteel world. There is also a typographical error on page 5 in the second paragraph. Just change "he" to "the".

Mr. Chairman, I'm not going to bore you by reading our brief. We are using a consultant who has spent the last 12 years of his life every day in the courtrooms of Alberta. He knows the existing law and the past law. We felt it was in our best interest, in representing police members, to appear before your committee. Really, police members are the first line in enforcing criminal law. I suppose we have become relatively comfortable with the existing package, even though there is certainly a lot of room for reorganizing the existing law.

We have some difficulty with some of the statements made in the papers, which we're responding to. They make some assumptions that we think are simply not correct.

What we'd like to say is that it loses sight of the cardinal principle, in our view, of what general philosophy a state's criminal law should have—clarity and simplicity whenever possible. We also think it is rather naive to think that when new wordings are implemented, our lawyers aren't going to challenge those new wordings. As has been pointed out to us, whole volumes have been written on single words, for example, on what is "intent". It would be naive to think that we can come up with some wordings that the thousands of lawyers we graduate every year are not going to challenge.

[Translation]

TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le mardi 16 juin 1992

Le président: La séance est ouverte. Le sous-comité du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général examine la recodification de la partie générale du Code criminel.

Nous avons ce matin le privilège d'accueillir des représentants de l'Association canadienne des policiers, dirigés par James Kingston, directeur exécutif, que nous connaissons bien. Il est accompagné de Diane Lalonde, secrétaire administrative, et de Robert Brennan, éditeur. Bienvenue. Je vous disais tout à l'heure que c'est le premier mémoire qui aborde vraiment des points de détail et qui lance des défis. Nous sommes impatients de vous entendre. Monsieur Kingston, à vous de commencer.

M. James Kingston (directeur exécutif, Association canadienne des policiers): Merci, monsieur. Tout d'abord, je dois vous présenter des excuses et faire quelques rectificatifs. À la page 1 de mon texte, à la place de «gentile», qui signifie non-juif, on devrait avoir «genteel», qui veut dire distingué.

Le président: Vous parlez du comité?

M. Kingston: Je pense que nous sommes tous des non-juifs, du moins la plupart d'entre nous, mais nous parlons d'un monde distingué. Il y a aussi une erreur typographique à la page 5, au deuxième paragraphe. Il faut remplacer «he» par «the».

Monsieur le président, je ne vais pas vous infliger la lecture de notre mémoire. Nous avons fait appel à un expert-conseil qui a passé les douze dernières années de sa vie dans les salles de tribunal de l'Alberta. Il connaît parfaitement les lois actuelles et les lois du passé. Nous avons jugé qu'il serait dans notre intérêt de comparaître devant votre comité pour représenter les policiers, qui sont en première ligne pour l'application du droit pénal. Je pense que nous sommes relativement à l'aise avec les textes existants, même s'il y a beaucoup de place pour des améliorations éventuelles.

Nous avons des objections à l'égard de certaines déclarations publiées dans les journaux, et auxquelles nous répondons. Ces affirmations partent de principes erronés.

En effet, on perd de vue le principe fondamental du droit pénal d'un État—la plus grande clarté et la plus grande simplicité possibles. Nous estimons aussi qu'il serait naïf de croire que, quand nous aurons de nouveaux textes, les juristes ne vont pas essayer de les contester. Comme on nous l'a fait remarquer, des ouvrages entiers ont été consacrés à un seul mot, par exemple à la notion d'«intention». Il serait naïf de croire que les milliers de juristes qui sortent chaque année de nos universités ne vont pas essayer de contester les nouveaux textes qui sont publiés.

[Texte]

We're also not about to try to go through the complete document. We feel it's going to take a great deal more work. We know the Canadian Bar Association is not scheduled to appear before you until the end of the summer. The Canadian Association of Chiefs of Police has withdrawn. I understand they may well ask to come back again.

After we have concluded our analysis, we certainly will forward to you the results of that analysis on a clause-by-clause basis. We also had a meeting on Friday with the justice minister. There we tried to explain that there are certainly areas of the criminal law that demand immediate attention. We would hope, Mr. Chairman, that the entire area of recodifying the code would not take precedence over those urgent demands that now are there in the areas of surveillance, fleeing felon, and some of the other initiatives that have been already announced by the justice minister.

We would be doing a disservice to our members if we also didn't say that one of the real problems is the severe underfunding for police agencies, crown offices and criminal courts. Our parole system is an outright failure in protecting Canadians from repeat offenders and the ongoing human tragedy caused by drunk driving, to name but a few. We view these topics as having infinitely higher priority than the academic need to redefine "wilfully" or to codify existing defences. On this we are confident Canadians share our priority.

On pages 2 and 3 we've done an analysis to say that many of the things in the existing law are already there. It may well be that there can be some reorganization for purposes of clarity, but perhaps not to go near as far as is recommended by the former Law Reform Commission.

In the framework's explanation of one of the reasons why we need a general part, there's a suggestion that one of the consequences of the current part's disorganization is that "matters of public policy and often acute public controversy" are not in the code, which was "created by Canada's elected Parliament", but rather are:

...found in centuries of case law enshrining earlier values and created by judges who were mostly English and largely working in a totally different social context.

• 1015

It is our view that this sentiment underlines the entire framework document and is itself gravely in error. What the authors are saying in a nutshell is that they reject the entire concept of the common law.

Of course our legal tradition is of an evolving case-by-case development of social values or laws or principles, which are then applied to specific fact situations. To suggest that they are "found" in centuries-old social principles of English judges is ridiculous. It was Canadian courts, applying modern Canadian social values, which include the heritage of our common law, that extended self defence to a battered wife syndrome situation, *R. v. Lavalle*; defined and applied

[Traduction]

Nous n'allons pas essayer non plus de faire le tour de tout le document. Cela demandera beaucoup plus de travail. Nous savons que l'Association du Barreau canadien ne doit pas comparaître devant votre comité avant la fin de l'été. L'Association canadienne des chefs de police s'est pour l'instant désistée, mais je crois qu'il est bien possible qu'elle revienne plus tard.

Quand nous aurons terminé notre analyse article par article, nous vous en ferons parvenir les résultats. Nous avons aussi rencontré vendredi la ministre de la Justice. Nous avons essayé de lui montrer qu'une intervention urgente s'imposait dans certains domaines du droit pénal. Nous espérons que toute cette recodification du code ne va pas passer avant ces besoins urgents en ce qui concerne la surveillance, les criminels dangereux en fuite et un certain nombre d'initiatives déjà annoncées par la ministre de la Justice.

Nous manquerions à notre devoir envers nos membres si nous ne signalions pas aussi le grave problème que constitue le sous-financement des services de police, des bureaux de la Couronne et des tribunaux pénaux correctionnels. Notre régime de libération conditionnelle est parfaitement incapable de nous protéger contre les récidivistes et les multiples tragédies humaines constamment provoquées par les conducteurs en état d'ivresse, entre autres. Pour nous, ce sont des questions infinitésimales plus prioritaires que des discussions intellectuelles sur la définition de termes tels que «volontairement» ou la codification des moyens de défense existants. Nous sommes convaincus que les Canadiens sont de notre avis.

Aux pages 2 et 3, nous disons qu'il y a déjà beaucoup de choses en place. Il faudrait peut-être réorganiser le texte pour qu'il soit plus clair, mais sans aller aussi loin que ce que recommandait l'ancienne Commission de réforme du droit.

Dans les motifs expliquant la nécessité d'une nouvelle partie générale, que l'on trouve dans le document-cadre, on dit que la désorganisation actuelle de cette partie fait que des questions de politique publique qui suscitent souvent une profonde controverse publique ne figurent pas dans le code, qui a été créé par le Parlement élu du Canada, mais font au contraire l'objet

...d'une jurisprudence élaborée au fil des siècles et reflétant des valeurs anciennes ainsi que les décisions de juges principalement anglais et fonctionnant dans un contexte social entièrement différent.

Nous estimons que ce sentiment est sous-jacent dans tout le document-cadre et qu'il est profondément erroné. Les auteurs disent quand même qu'ils rejettent totalement le concept de la common law.

Il est évident que notre tradition juridique consiste à établir progressivement des valeurs sociales ou des lois ou principes à partir de cas particuliers, pour les appliquer ensuite à des situations précises. Dire qu'ils s'appuient sur de vieux principes établis par des juges anglais est absurde. Ce sont les tribunaux canadiens, appliquant les valeurs sociales modernes du Canada, y compris le patrimoine de la common law, qui ont établi la notion d'autodéfense dans le cas des

[Text]

abuse of process, R. v. Jewitt; necessity, Perka et al. and the Queen; and due diligence, R. v. Sault Ste. Marie.

I already mentioned that it's naive to expect that when there is a concept defined, it won't be attacked by good lawyers who are being paid large amounts of money to help people avoid criminal responsibility.

Of course, we wouldn't be appearing here before you if we didn't believe that there in fact was some merit in some change. What we would like to do now is turn to what the changes can be.

Rather than go through each of the topics enunciated as ripe for reform, which is an enormous task if done properly, we propose to offer an overview. Our association will, however, supply the more detailed analysis and will look forward to discussions with government on each of the many issues if in the future such a massive undertaking is contemplated.

As I said earlier, we see nothing in reorganizing the current sections of the general part in a format as discussed above. All of the primary functions of our current part I could thus be maintained. On pages 7, 8, 9, 10 and 11, our consultant has done that for us.

What I would really like to zero in on is protection of persons acting under authority of law. In May 1992 our association submitted briefs to the government on this topic as it specifically pertains to peace officers employing force. They remain our position on this important issue. Part I of the code contains other provisions that extend beyond peace officers, and it is our view that these should remain in the general part. Some of the specific authorizations, sections 38 to 45, will be addressed in the materials to be submitted dealing with a topical analysis of the framework document.

In material accompanying the framework document it has been suggested that inclusion of a preamble be considered for a new part I. In deciding this it should be remembered that preambles can be considered by courts in considering sections of a statute like the Criminal Code if the courts find the statute unclear.

From my perspective, when I saw something that said, "We shall adopt principles adopted by the UN", it left me kind of cold. I obviously didn't understand it, because I felt, my gosh, there are certainly enough attacks on our criminal law without leading international attacks on it.

It is without doubt our view that people seeking to avoid criminal responsibility will argue that sections that impose criminal sanction for their behaviour are unclear and require guidance from a preamble. Anyone who doubts this should spend some time in a criminal courtroom in this country. Given that preambles, including the ones suggested, are generally fairly lofty statements of abstract principle or sentiment or best wishes—otherwise they wouldn't be preambles; they'd be sections of the act—it is far from desirable, potentially, to have a criminal law and procedure interpreted or modified in their light.

[Translation]

femmes battues, dans la Reine c. Lavalle; défini et appliqué la notion d'abus de procédure, dans la Reine c. Jewitt; celle de nécessité, dans Perka et al et la Reine; et celle de diligence raisonnable, dans la Reine c. Sault Sainte-Marie.

J'ai déjà dit qu'il serait naïf de croire que, si l'on définit une nouvelle notion, elle ne peut pas être attaquée par de bons juristes grassement payés pour soustraire des individus à leurs responsabilités criminelles.

Évidemment, nous ne comparaîtrions pas devant vous si nous ne pensions pas que certains changements sont les bienvenus. Nous aimerions donc les aborder maintenant.

Plutôt que de faire le tour de tous les sujets que l'on propose de réformer, ce qui serait une tâche colossale si on l'accomplissait correctement, nous allons simplement faire un survol. Toutefois, notre association vous soumettra une analyse plus détaillée et elle espère à l'avenir discuter avec le gouvernement de ces multiples questions si l'on envisage de réaliser cette gigantesque entreprise.

Je le répète, nous ne voyons pas de problème à réorganiser les articles actuels de la partie générale de la façon dont nous avons parlé. On pourrait ainsi préserver toutes les fonctions principales de la partie I actuelle. C'est ce que notre expert-conseil a fait pour nous aux pages 7, 8, 9, 10 et 11.

J'aimerais maintenant me concentrer sur la protection des personnes agissant au nom de la loi. En mai 1992, notre association a soumis au gouvernement des mémoires sur ce sujet, et plus particulièrement en ce qui concerne les agents de la paix employant la force. Nous n'avons pas changé d'avis sur cette importante question. La partie I du code comporte d'autres dispositions plus vastes, et nous estimons qu'elles devraient rester dans la partie générale. Certaines autorisations précises, prévues aux articles 38 à 45, seront abordées dans les documents consacrés à l'analyse détaillée du document-cadre.

Dans les textes accompagnant le document-cadre, on propose d'envisager l'inclusion d'un préambule à une nouvelle partie I. À cet égard, il ne faut pas oublier que les tribunaux peuvent se servir des préambules pour interpréter une disposition d'une loi comme le Code criminel s'ils jugent qu'elle manque de clarté.

Personnellement, quand j'ai lu: «Nous adopterons les principes adoptés par les Nations Unies», cela m'a laissé froid. J'imagine que je n'ai pas compris, car je me suis dit que nous avions déjà bien assez d'attaques contre notre droit pénal sans prêter le flanc à des attaques internationales.

Nous sommes convaincus que les individus qui veulent se soustraire à leur responsabilité pénale diront que les articles prévoyant des sanctions pour leurs agissements manquent de clarté et devraient pouvoir être interprétés à la lumière d'un préambule. Si vous en doutez, allez voir ce qui se passe dans nos tribunaux. Sachant que les préambules, y compris ceux qui sont proposés, sont dans l'ensemble des déclarations assez ronflantes de principes abstraits ou de bons sentiments—sinon, ce ne serait pas des préambules, ce serait des articles de la loi—it est fort peu souhaitable que le droit et la procédure pénale puissent être interprétés ou modifiés à la lumière de ces préambules.

[Texte]

Secondly, all criminal law and procedure must meet the standards of our supreme law, including, of course, the Charter of Rights and Freedoms. We see nothing to gain whatever, therefore, by including a preamble such as suggested to the general part.

A final point has to be made on this topic on the framework document as a whole. It is specifically aimed at anti-social behaviour, which is contrary to our accepted and defined principles. Clarity and certainty are among its greatest attributes in defining what constitutes unacceptable behaviour. This is so, not just for the intellectual comfort of academics but also because it is more likely to deter people inclined to commit crimes. The protection of the public that results from that is, of course, the very purpose of the Criminal Code in its entirety.

Mr. Thacker, we'll answer any questions that the committee might wish to ask about our brief. If we don't have the answers, we'll get back to you.

The Chairman: Thank you very much. We'll append your brief to the minutes of our proceedings today.

• 1020

Mr. Rideout, would you start us off?

Mr. Rideout (Moncton): Just a couple of little things. If I understood you correctly, you indicated you made a submission to the minister on fleeing felons.

Mr. Kingston: Yes, we did.

Mr. Rideout: Would you be prepared to make that submission available to us so we could have the benefit of your wisdom?

Mr. Kingston: Yes, I'll certainly do that today. In fact, we have made our briefs available to part of the government. We didn't send it to all the government. We will do that. I'll make sure you have a copy today.

Mr. Rideout: It may help us, because we're not sure whether the minister is going to proceed with something separate or allow this process to unfold, although she seems to be pretty anxious.

Mr. Kingston: She made a public statement at the conclusion of our meeting. It was pretty clear to us she intended to proceed as quickly as possible with that proposed subsection 25.(4). If it wasn't going to be in legislation, it would be in a document that could be studied over the summer. So I expect we're going to see something in our hot little hands before the end of this month.

Mr. Rideout: I'm not trying to be political when I say this, but there does seem to be a bit of a law-and-order agenda coming out of Justice these days, so this is an obvious one to focus on.

Mr. Kingston: I'm quite prepared to say we were thinking we weren't at cross-purposes with what the minister was telling us. We feel subsection 25.(4) has to be updated. We said that in both the briefs we've presented. We think the wording needs to be changed, because there is a perception now that we could shoot the so-called fleeing shoplifter, and it isn't in concert with the regulations in place in every jurisdiction across Canada. Provincial regulations

[Traduction]

Deuxièmement, tout le droit et toute la procédure doivent, en matière pénale, être conformes aux normes de notre loi suprême, y compris naturellement la Charte des droits et libertés. Nous ne voyons cependant pas l'intérêt d'un préambule comme celui qui est proposé pour la partie générale.

À ce sujet, une dernière remarque s'impose sur l'ensemble du document-cadre. Il vise directement les comportements anti-sociaux qui sont contraires aux principes généralement acceptés et définis. La clarté et la précision sont parmi les plus grandes qualités de sa définition de ce qu'est un comportement inacceptable. Non seulement cela rassurera les universitaires, mais cela aura probablement un effet plus dissuasif sur les personnes tentées de commettre des crimes. Il en résultera une protection du public, qui est le but véritable du Code criminel tout entier.

Monsieur Thacker, nous sommes prêts à répondre aux questions des membres du comité sur notre mémoire. Si nous ne pouvons pas vous donner tout de suite les réponses, nous vous les communiquerons plus tard.

Le président: Merci beaucoup. Nous allons annexer votre mémoire à notre procès-verbal d'aujourd'hui.

Monsieur Rideout, vous voulez commencer?

Mr. Rideout (Moncton): Deux petites choses. Je crois que vous avez dit que vous aviez présenté un mémoire à la ministre sur la question des criminels dangereux en fuite.

Mr. Kingston: En effet.

Mr. Rideout: Seriez-vous prêt à nous le communiquer pour que nous puissions profiter de vos lumières?

Mr. Kingston: Certainement, je vais m'en occuper aujourd'hui. En fait, nous avons communiqué nos mémoires à divers services gouvernementaux, mais pas à tous. Nous allons le faire. Je vais vous en faire remettre un exemplaire.

Mr. Rideout: Cela pourrait nous être utile, car nous ne savons pas si la ministre va suivre une autre voie ou laisser se dérouler, ce processus quoiqu'elle semble assez pressée.

Mr. Kingston: Elle a fait une déclaration publique à la fin de notre réunion. Pour nous, il était clair qu'elle avait l'intention d'avancer le plus rapidement possible en ce qui concerne le paragraphe 25(4) proposé. S'il n'était pas incorporé à la loi, il devait figurer dans un document qui serait étudié au cours de l'été. Je pense que nous pouvons donc nous attendre à avoir quelque chose en mains d'ici la fin du mois.

Mr. Rideout: Sans vouloir faire de politique, je dirai que le ministère de la Justice a l'air d'avoir un programme d'application de la loi et de maintien de l'ordre ces jours-ci, et c'est donc un sujet parfaitement approprié.

Mr. Kingston: Je peux vous dire que nous n'avons nullement eu l'impression d'être en désaccord avec la ministre. Nous estimons qu'il faut remanier le paragraphe 25(4). Nous l'avons dit dans les deux mémoires que nous avons présentés. Nous estimons qu'il faut modifier le texte, car on a actuellement l'impression qu'un policier pourrait très bien tirer sur quelqu'un qui vient de faire un vol à l'étalage et qui s'enfuit, ce qui n'est pas conforme du tout à

[Text]

prohibit police officers from discharging their firearm unless they believe their life or the life of another person is in danger. Obviously the criminal law should be in concert with what is in place throughout the rest of the jurisdictions.

We're satisfied that can happen, as long as it doesn't go in such a manner as has been interpreted by a knee-jerk reaction from Metro Toronto, where they're saying you can't pull your revolver on a property crime. Well, what is a property crime? Is that a bank robbery? If you have an instantaneous situation, police officers have to respond within seconds, in most cases less than two seconds.

Mr. Rideout: The obvious question, too, is what are you going to do, ask the criminal what type of crime he is now committing, so you can make a determination—

Mr. Kingston: Exactly, sir. What we're saying is make it clear under what circumstances...so our training can focus on these particular areas and we know what we can do and what we can't do.

Mr. Rideout: In looking at paragraph 25.(1)(d), the language is a little hard to follow, but I still think the test of reasonableness and those types of things are going to be applicable no matter what new language we come up with.

Mr. Kingston: And obviously section 26 is there for any excess.

Mr. Rideout: Exactly.

Mr. Kingston: It is already being used, although it isn't always receiving reporting on being used. It was very interesting to us that in the aftermath of the riots in Toronto *The Toronto Star* devoted some 30 pages of their 32 pages in the front to the riots and in a business-card section on the last page was the fact that a police officer in Chatham had been charged with manslaughter as a result of exceeding his duties. But that wasn't newsworthy...certainly to the members, to say, look, if people do exceed their jurisdiction, then they will face the wrath of the law.

Mr. Rideout: From what you're telling us and what's in the brief, you're indicating to us that internally, police departments are functioning at what you consider to be the proper level in the area of fleeing felons; it's just that the Criminal Code doesn't reflect what is in practice occurring, if I understand that correctly.

Mr. Kingston: That's right.

Mr. Rideout: To carry that to its logical conclusion, then, what you would like to see happen is what is the existing practice, substituted in the code. It seems to me what you normally want in the code is not a general statement but a statement of what constitutes a crime in these circumstances and then from there all the nuances would be the internal practice of individual police departments.

• 1025

Mr. Kingston: Here's how we see subsection 25.(4):

It is therefore our overall recommendation that there should be a general prohibition against use of potential deadly force except where on reasonable grounds it is necessary

[Translation]

la réglementation en vigueur dans toutes les provinces. Les règlements provinciaux interdisent aux policiers de tirer sur quelqu'un sauf s'ils pensent que leur vie ou la vie de quelqu'un d'autre est en danger. Il faut donc manifestement harmoniser le Code criminel avec la pratique universelle.

Nous sommes convaincus que c'est possible à condition toutefois de ne pas donner lieu à la réaction qu'on a eue dans le grand Toronto, où l'on a dit qu'on ne pourrait plus sortir un revolver dans le cas de crimes contre la propriété. Mais, qu'entend-on par là? Une attaque de banque? La plupart du temps, les policiers doivent réagir en quelques secondes, souvent en moins de deux secondes.

M. Rideout: Bien sûr, on ne va pas commencer à demander au criminel quel genre de crime il est en train de commettre pour savoir si l'on peut...

M. Kingston: Exactement. Qu'on expose clairement les situations... Et de cette façon, nous pourrons axer notre formation sur ces paramètres bien précis.

M. Rideout: Le texte de l'alinéa 25.1d) n'est pas évident, mais je pense que la notion de caractère raisonnable et ce genre de chose se justifieront toujours quel que soit le texte nouveau qu'on pourra utiliser.

M. Kingston: Et évidemment l'article 26 est là pour corriger les excès.

M. Rideout: Exactement.

M. Kingston: On s'en sert déjà, bien que cela ne soit pas souvent signalé. Nous avons trouvé très intéressant qu'à la suite des émeutes de Toronto, *le Toronto Star* consacre une trentaine de ses 32 pages aux émeutes, et mentionne seulement dans un petit coin de la dernière page qu'un officier de police de Chatham avait été inculpé de meurtre pour avoir outrepassé ses droits. Ce n'était pas une nouvelle digne d'intérêts... de dire que, si les policiers outrepassaient leurs droits, ils seraient traînés en justice.

M. Rideout: D'après ce que vous dites et d'après votre mémoire, vos services internes et les services de police adoptent déjà la bonne attitude vis-à-vis des criminels dangereux en fuite; c'est le Code criminel qui ne serait pas à jour, si j'ai bien compris.

M. Kingston: En effet.

M. Rideout: La conclusion logique d'après vous, ce serait de remplacer le texte actuel du code par ce qui se fait déjà dans la pratique. J'ai l'impression que ce que vous souhaiteriez trouver dans le code, ce n'est pas une déclaration générale mais une définition de la notion de crime dans ce genre de situation, en laissant aux divers services de police le soin d'en interpréter les nuances.

M. Kingston: Voici ce que nous proposons au sujet du paragraphe 25(4):

Nous recommandons l'interdiction générale de toute force potentiellement meurtrière, sauf lorsqu'elle est jugée nécessaire pour des motifs valables

[Texte]

(a) in self-defence or,

(b) to protect any other person from death or grievous bodily harm or threat therefrom or, to arrest or prevent the escape of any person whose presence at large presents a foreseeable risk to cause death or grievous bodily harm to any person if not arrested or recaptured forthwith.

Mr. Rideout: So really the word "fleeing" is a misnomer in the whole process because if they're fleeing they are in effect leaving the crime and don't constitute the threat. Is that fair to say?

Mr. Kingston: Yes, and I think one of the things we also ignore is that we have many dangerous people housed within our penitentiary systems. If I decide that I'm a Clifford Olson and I say I'm going over the wall, and because I'm fleeing you can't shoot me, you can't do anything to me because I'm going over this wall under those circumstances, it's not just the police who are affected, but also the people in our correctional institutions who will all have to look at that sort of thing as well.

Mr. Rideout: Yes, I can see in that context there might be a danger. You have some concern about a preamble being included in the Criminal Code. Are the basic theories, philosophies or principles of the Law Reform Commission's recommendations with respect to a possible preamble attractive to you at all? What we're going to have to do, I think, is try to find some guiding principles in order to make recommendations as to what the code should have and what it shouldn't have. That preamble or something close to it may at least be a signpost or the curbs on the street, so to speak, to give us some way to function.

Mr. Kingston: I'm not sure that's necessary considering we have a Charter that's very effective at protecting the individual from this power of the state. If Parliament goes too far then our Supreme Court is going to rule that the protections contained already in our Charter should cause parliamentarians to rethink the law currently on the books. I'm not nearly as concerned as perhaps before we had our Charter that it would be necessary. What we are concerned about and what our consultant is concerned about is that if we have a preamble it's just going to mean more litigation. We're going to be asking what this particular section means.

Mr. Rideout: You seem to be trying to get the lawyers out of business. Is that right? I'm a lawyer and a politician, so I'm doubly damned.

Mr. Kingston: When we graduate more lawyers than engineers every year...

Mr. Rideout: Yes, it does raise the question mark. It makes it hard for us who are practising to survive.

Mr. Kingston: We don't want any more make work circumstances here.

Mr. Rideout: If I can, then, get into some specifics to see whether you have some view outside of the fleeing felon issue, do you think entrapment should be recognized in the general part as a defence? Do you have any views or comments?

[Traduction]

a) dans les cas de légitime défense;

b) pour protéger une autre personne contre la mort ou contre des lésions corporelles graves ou contre des menaces; ou pour arrêter ou prévenir la fuite d'une personne qui risque de causer la mort d'une autre personne ou de lui infliger des lésions corporelles graves si elle n'est pas immédiatement arrêtée ou recapturée.

Mr. Rideout: En fait, le mot «fuite» est mal utilisé, puisqu'une personne qui fuit ne présente pas véritablement une menace.

Mr. Kingston: Oui, et je pense que l'on oublie également qu'il y a de nombreux criminels dangereux dans les pénitenciers. Si Clifford Olson décidaient de s'évader, on ne pourrait rien lui faire, on ne pourrait pas lui tirer dessus. Ce n'est pas simplement la police, mais tous les employés des pénitenciers qui sont concernés par ce genre de chose.

Mr. Rideout: Je comprends qu'il puisse y avoir un danger dans ce contexte. Vous avez également certaines inquiétudes au sujet de l'ajout d'un préambule dans le Code criminel. Voyez-vous quelque chose de bon dans les principes de base évoqués par la Commission de réforme du droit dans ses recommandations relatives à un préambule? Je crois que nous allons devoir nous inspirer de certains principes directeurs pour présenter des recommandations au sujet du contenu du code. Un préambule ou une autre disposition similaire constituerait au moins une sorte de balise qui nous aiderait à nous repérer.

Mr. Kingston: Je ne pense pas que cela soit nécessaire, étant donné que nous avons une charte qui offre une protection très efficace aux individus contre le pouvoir de l'État. Si le Parlement va trop loin, la Cour suprême décrètera que les mécanismes de protection contenus dans notre Charte devraient inciter les parlementaires à réviser la loi. Je ne pense pas que cela soit aussi nécessaire, maintenant que nous avons une Charte. Ce qui nous inquiète et ce que notre consultant a souligné, c'est qu'un préambule entraînera une augmentation du nombre des litiges. Nous allons demander de préciser le sens de cet article.

Mr. Rideout: Vous semblez vouloir mettre les avocats au chômage. Je suis doublement visé puisque je suis à la fois avocat et homme politique.

Mr. Kingston: Chaque année, il y a plus d'avocats que d'ingénieurs qui sortent de l'université...

Mr. Rideout: On peut se poser des questions. Ceux d'entre nous qui pratiquent ont beaucoup de mal à survivre.

Mr. Kingston: Nous ne voulons pas causer du travail inutile.

Mr. Rideout: J'aimerais si possible aller au-delà de la question de la fuite des criminels dangereux afin de vous demander si vous pensez que l'on peut considérer la provocation comme un moyen de défense dans la partie générale? Avez-vous des commentaires à formuler à ce sujet?

[Text]

Mr. Kingston: I have some personal views. I view entrapment with great distaste as a police officer. We have operated in Canada without having to entrap people, and I view some of the things that go on with our neighbours to the south with a great deal of distaste. I don't feel it should be up to the state to offer carrots to someone in the hope that he'll bite and perhaps break the law. I don't think that's our role. We have enough to do with just enforcing the existing law without trying to coerce someone into breaking the law. That's a personal view. It may not be shared completely by all our police officers across the country, but it certainly is a strong feeling I have.

Mr. Rideout: Do you think we should put something in the general part to deal with entrapment?

• 1030

Mr. Kingston: I wouldn't be opposed to that, just so people know what entrapment is. Right now there is a serious sort of situation in Winnipeg. Informants were apparently used improperly. Seven police officers who thought they were doing their job are facing criminal charges. Obviously if there is anything that can give some clarity as to when you're using an informant and when you're using an informant to break the law, perhaps we should know that as police officers; it would be very helpful to us.

Mr. Rideout: There's another problem in dealing with intoxication and whether that should be a defence. It has been recommended to us that rather than having the code suggest that there still is the offence and then have it mitigated in some way because of intoxication being associated with it, that you're guilty of an offence of intoxication while committing a certain crime. Have you any views on intoxication and how our code should take a look at it?

Mr. Kingston: I don't like to think that intoxication should be used as a defence. It seems to me that's something people do. Even if you're an alcoholic, you have some sort of control over that particular situation. It seems to me some of these defences we're now using ought not to be used. I would not like to see that broadened any further than it is now.

Mr. Rideout: There are a couple of other areas, too. There is the defence of necessity or the defence of duress. Do you think we should be including those in the general part? I know this is boring stuff, but . . .

Mr. Kingston: Perhaps to put this into context, when we are talking about necessity, is it the battered wife syndrome? Someone has beaten the hell out of her over the last 10 years and she feels under these particular circumstances that she's just had enough, that she can't take this anymore, and she shoots her husband before he wakes up from his drunken stupor to batter her one more time. The courts have already looked at that and have come to some sort of . . . I would prefer to think that this should be done on an individual basis rather than giving one more escape. Maybe I'm thinking as a male chauvinist, but I don't like to think that someone can be shot in his sleep and then that defence can be put together after the fact.

[Translation]

M. Kingston: J'ai une opinion personnelle. En tant qu'agent de police, la provocation me déplaît fondamentalement. Au Canada, nous n'utilisons pas la provocation, et certaines des méthodes utilisées par nos voisins du Sud me paraissent particulièrement répugnantes. Je ne pense pas que le rôle de l'État soit d'inciter certaines personnes à enfreindre la loi. Je ne pense pas que ce soit notre rôle. L'application de la loi nous donne suffisamment de travail. Nous n'avons pas à inciter les individus à enfreindre la loi. C'est mon avis. Il n'est peut-être pas partagé par tous les agents de police du Canada, mais j'ai une opinion très arrêtée sur le sujet.

M. Rideout: Pensez-vous qu'il faudrait mettre une disposition dans la partie générale pour traiter de la provocation?

M. Kingston: Je ne serais pas contre, car cela permettrait d'informer les gens au sujet de la provocation. En ce moment, la police de Winnipeg se trouve dans une situation grave. Apparemment, des informateurs ont été utilisés de manière indue. Sept agents de police, qui pensaient tout simplement faire leur travail, font face actuellement à des accusations. Il est certain qu'il serait très utile pour les agents de police de savoir exactement quand ils peuvent légalement avoir recours à un informateur.

M. Rideout: On peut se demander également s'il faut autoriser un accusé à invoquer l'état d'ébriété comme circonstance atténuante. On nous a recommandé de faire en sorte que le code cesse de considérer que la gravité de l'infraction est diminuée par le fait que le suspect était ivre, et qu'il considère plutôt que le suspect s'est rendu coupable d'un certain crime alors qu'il était en état d'ébriété. Quel est votre point de vue au sujet de l'état d'ébriété et quelle devrait être, à votre avis, la position du Code criminel à ce sujet?

M. Kingston: Contrairement à ce qui se passe, je ne crois pas qu'on devrait considérer l'état d'ébriété comme une circonstance atténuante. Le suspect, même s'il est alcoolique, garde toujours son pouvoir de décision. Il me semble que certains moyens de défense utilisés actuellement ne devraient pas être tolérés. Je ne voudrais pas que la tendance actuelle s'amplifie.

M. Rideout: Il y a également d'autres aspects tels que la nécessité ou la contrainte morale comme moyen de défense. Pensez-vous qu'il faudrait en parler dans la partie générale? Je sais que tout cela est ennuyant, mais . . .

M. Kingston: Afin de replacer tout cela en contexte, j'aimerais savoir si la nécessité dont il est question ici est semblable à celle qui prévaut dans le syndrome de la femme battue? C'est le cas d'une femme qui est battue depuis dix ans, qui décide un jour que cela ne peut plus durer et qui tue son mari ivre dans son sommeil pour ne pas avoir à supporter une fois de plus son comportement violent. Les tribunaux se sont déjà penchés sur cette question et ont abouti à une sorte de . . . Au lieu d'assouplir la loi et d'ouvrir la porte à d'autres abus, je préférerais que chaque cas soit examiné individuellement. J'ai peut-être un comportement de phallocratie, mais je ne crois pas qu'on a le droit d'assassiner quelqu'un pendant son sommeil et d'invoquer par la suite un tel moyen de défense.

[Texte]

Mr. Rideout: There is one other area we've been working on, in part. We've been trying to take a lot of the quasi-criminal things out of the code and move those away so the Criminal Code is more defined, focused, and restrictive. Would you agree or disagree with that?

Mr. Kingston: Very much so. I think the way we really have to look at this is in the context of our whole social system. Our prisons are overcrowded. Certainly the statements we have made in the past have been that our prisons have to be reserved for those who are likely to commit violence. We have to move more and more into the area of restitution. If someone commits fraud and is intelligent enough to defraud someone, then certainly we have to have the framework in there so he pays that person back, even if it takes years to do that. It seems to me that's more of a punishment than putting a person who defrauds elderly people into jail for four or five years at taxpayers' expense. Just make them pay it back.

Mr. Rideout: Finally, going back to fleeing felons again, is the statistical data in relation to the fleeing felon situation on the increase? Are police officers killing more fleeing felons in 1992 than they were in 1982? Is there something that's prompting the minister to move on this at this particular time? Is there some change in what has been going on?

Mr. Kingston: I think I would just say no, there is not. However, it is very high profile. In many cases there is misinterpretation by our media as to what constitutes a fleeing felon, and sometimes we're misinterpreting. To take what happened with this last episode, in Toronto, when someone turns and confronts you with a knife, they are no longer fleeing; at that particular point, your life is in danger. I would say the last person to be considered a fleeing felon would be Wade Lawson, a case that received high publicity. Both officers were charged with very serious crimes and went through lengthy trials. So certainly it isn't on the increase.

In fact, Bob might be able to comment on that a little better than I can. He just went to Metro Toronto and reviewed all their files to see whether or not there were circumstances that would lead us to believe that police officers were acting in a racial way—whether we were shooting far more people from one segment of society than another. I think—

Mr. Rideout: I would be interested in hearing that because—

Mr. Kingston: —we can safely say that's not true. Last year in Ontario, 19 people were shot and 5 of them were from visible minorities. We have to put that in a context. Literally hundreds of thousands of people are arrested in the course of a year.

Mr. Rideout: Yes. I appreciate that, and we don't want to modify the Criminal Code on the basis of what happens to be the popular issue of the day, because the Criminal Code has to last a little longer than the attention span of politicians or the general public.

[Traduction]

M. Rideout: Il y a un autre aspect auquel nous nous sommes partiellement intéressés. Nous avons essayé de supprimer du code bon nombre d'infractions quasi criminelles afin que le Code criminel soit mieux défini et plus restrictif. Êtes-vous d'accord ou pas d'accord?

M. Kingston: Tout à fait. Il me semble qu'il faut tenir compte de tout le contexte social. Nos prisons sont surchargées. Nous affirmons depuis longtemps que nos prisons devraient être réservées aux individus susceptibles de commettre d'autres actes de violence. Nous devons nous intéresser de plus près à la restitution des biens. Il faut prendre les dispositions nécessaires pour qu'une personne coupable de fraude et capable de récidiver soit tenue de rembourser la victime, même s'il lui faut plusieurs années pour le faire. Il me semble qu'il serait plus approprié d'imposer une telle peine à une personne qui dépouille des personnes âgées, plutôt que de l'incarcérer pendant quatre ou cinq ans aux frais des contribuables. Exigeons que les voleurs restituent ce qu'ils ont volé.

M. Rideout: Enfin, pour revenir à nouveau aux criminels dangereux en fuite, est-ce que l'on constate une augmentation de ce genre de situation? Est-ce que les agents de police ont abattu, en 1992, plus de criminels en fuite qu'en 1982? Est-ce que la ministre a de bonnes raisons, actuellement, d'agir en ce sens? Est-ce que la situation a changé?

M. Kingston: À mon avis, non. Cependant, on parle beaucoup de ce genre de situation. Dans bien des cas, la presse ne sait pas exactement ce qu'est un criminel dangereux en fuite, et parfois nous non plus. Si l'on se réfère à ce qui s'est passé à Toronto dernièrement, il ne s'agissait pas d'un criminel en fuite puisqu'il s'est retourné et a fait face à ses poursuivants avec un couteau. Dès lors, la vie de ces poursuivants était en danger. Il me semble que Wade Lawson, dont on a beaucoup parlé, est la dernière personne qu'on pourrait considérer comme un criminel dangereux en fuite. Les deux agents impliqués dans cette affaire ont été accusés d'infractions très graves et ont dû subir de longs procès. Par conséquent, la tendance n'est pas à la hausse.

• 1035

En fait, Bob est peut-être mieux placé que moi pour en parler. Il revient de Toronto, où il a examiné tous les dossiers des services de police pour voir si certains éléments nous permettraient de croire que les agents de police ont une attitude raciste... et qu'ils tirent plus facilement sur certains membres de la société. Je pense...

M. Rideout: Je serais intéressé par de telles informations...

M. Kingston: ...que l'on peut dire très clairement que ce n'est pas le cas. L'an dernier, 19 personnes ont été abattues en Ontario, et cinq d'entre elles appartenaient à des minorités visibles. Il faut replacer tout cela en contexte. Il y a, chaque année des centaines de milliers d'arrestations.

M. Rideout: En effet. Je comprends cela et nous ne voulons pas modifier le Code criminel pour tenir compte des préoccupations du jour, car nous estimons qu'il doit durer un peu plus longtemps que les centres d'intérêt ponctuels des politiciens ou du public.

[Text]

Mr. Kingston: This was the point we were trying to make with the Minister of Justice when we had our meeting on Friday. Look at our overall record in Canada. We know we aren't gun-happy. We aren't running across the street and shooting people.

The aftermath that affects police officers after they have to shoot someone is pretty horrendous. Many of them leave the profession; even if they are completely justified, they can't live with themselves. So it's a very traumatic circumstance that no one would wish on anyone.

Mr. Rideout: If you have some statistics, even in a general sense, you might want to—

Mr. Robert Brennan (Editor, Canadian Police Association): Actually, what prompted it was the amount of press coverage that was generated out of the riot in Toronto. We were watching the news coverage and someone was sticking a microphone in the faces of representatives of the Black Action Defence Committee and comments were being made about the behaviour of certain police officers over the past two or three years. Terms like "gunslingers" and "murderers" were being tossed about.

As a result, I went to Toronto and looked at each of the eight, I believe, cases. Three of the eight where charges were laid against police officers are still before the courts. The officers were alleged to have acted inappropriately or used excessive force. We certainly can't comment on those. But in the instances where there was some suggestion that these officers had taken action against someone who was actually fleeing, at some point along that continuum this was not the case any longer.

In the most recent one—and Jim pointed it out—there was a chase after a drug transaction. An intercept is made. It escalates into a chase. Suddenly the drug dealer turns and confronts the officer and brandishes a knife and continues to advance at him even after the firing of a warning shot. He finally is shot from a distance of three or four feet.

I noticed after we compiled the information that there was not a single incident where police officers took it upon themselves to intervene just out of the blue. Something caused them to react to make that intercept—a stolen van, or in one case the break and entry into a warehouse. In each of these cases, there was some demand, some criminal act or other act that caused the police officer to intervene. We felt that in each of these incidents the officer would have been neglectful of his duty had he chosen to abandon or neglect the situation. So we never felt there was something the officer shouldn't have involved himself in.

In some of the instances, he was called in by other officers who had made certain observations and conducted certain investigations, drawing the attention of the second group of officers to a situation. They come upon it and find themselves in the midst of dealing with people who belong to a visible minority. So it wasn't a case of just singling out a visible minority; they were called in at some point along that line.

[Translation]

M. Kingston: C'est ce que nous avons essayé de faire valoir lors de la réunion que nous avons eue vendredi avec le ministre de la Justice. Il suffit d'examiner les états de service de la police au Canada pour se rendre compte que nous ne sommes pas rapides sur la gachette. Nous ne tirons pas sur les gens dans la rue.

Les agents de police qui ont le malheur d'avoir abattu quelqu'un vivent des moments très difficiles. Beaucoup d'entre eux quittent la profession, car ils sont incapables de supporter une telle situation, même s'ils sont complètement blanchis. C'est une situation très traumatisante que l'on ne souhaite à personne.

M. Rideout: Si vous avez des statistiques, même générales, vous pouvez peut-être nous en faire part . . .

M. Robert Brennan (éditeur, Association canadienne des policiers): Nous avons décidé de faire cette étude en raison des commentaires parus dans la presse à la suite des émeutes de Toronto. À la télévision, les représentants du «Black Action Defence Committee» utilisaient pour commenter le comportement de certains agents de police depuis deux ou trois ans des qualificatifs comme «tueurs» et «assassins».

C'est ce qui m'a poussé à me rendre à Toronto pour examiner chacun des cas, qui sont, je crois, au nombre de huit, pour lesquels des accusations ont été déposées contre des agents de police. Trois cas sur huit sont encore devant les tribunaux. On reproche aux agents d'avoir agi de manière inappropriée ou d'avoir utilisé une force excessive. Il est clair que nous ne pouvons pas formuler des commentaires à ce sujet. Mais, dans les autres cas, on ne reprochait plus aux agents de police d'avoir tiré sur des individus en fuite.

Le cas le plus récent, dont Jim a parlé, était une poursuite après une vente de drogue. Le suspect est intercepté. Il s'enfuit et, soudain, il se retourne et fait face à l'agent de police en brandissant un couteau. Il continue à se rapprocher de l'agent de police, même après que ce dernier ait tiré un coup d'avertissement. Le suspect est finalement abattu à une distance de trois ou quatre pieds.

Après avoir consulté tous les dossiers, je n'ai noté aucun cas où les agents de police avaient décidé d'intervenir sans motif. Il y a toujours eu un élément qui les a poussés . . . une camionnette volée ou l'entrée par effraction dans un entrepôt. Dans chacun des cas, l'intervention de l'agent de police a été causée par un acte criminel ou une infraction quelconque. Dans chacun de ces cas, nous estimons que l'agent n'aurait pas fait son devoir s'il avait décidé d'abandonner la poursuite. Par conséquent, dans aucun cas, nous n'avons conclu que l'agent n'aurait pas dû intervenir.

Dans certains des cas, l'agent de police avait été appelé par des collègues qui avaient fait une certaine enquête et attiré son attention sur la situation. Au moment d'intervenir, il se rend compte qu'il a affaire à des membres d'une minorité visible. On ne peut donc pas l'accuser de s'en prendre expressément à une minorité visible, puisqu'il est intervenu seulement lorsqu'on lui a demandé de le faire.

[Texte]

Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): I have just a couple of comments on your brief in general. On page 5, I wonder if you can clarify something for me. You talk about defining concepts and then you say:

Our courts don't work that way particularly in criminal law where accused people pay intelligent lawyers large sums of money to assist them in avoiding criminal responsibility for their behaviour.

• 1040

Can you expand on that? What do you think about accused people in our court system?

Mr. Kingston: I think that really what we're saying is that there are enough defences available with our existing laws so that we don't need any—to be very crude—artsy-fartsy concepts that are going to allow intelligent lawyers to find more. I think, in layman's terms, that's exactly what we're saying.

Mr. Laporte: You're not saying that all accused people are guilty.

Mr. Kingston: We'd like to think that a large percentage of them are guilty before they ever get before the courts. It would seem to me that there have to be reasonable and probable grounds to believe that they're guilty and there has to be enough information to cause an information to be sworn. Obviously, at that particular point, there are more than just the police who believe that there has been a crime committed.

There is a safeguard in place before a person gets to the court. Saying everybody is guilty is obviously not the case. The courts find a small number of people who appear before them who are not guilty.

Mr. Laporte: Do you think that this code is setting up artsy-fartsy defences for lawyers to use?

Mr. Kingston: As I said earlier, the consultant we used is a practising crown attorney and has been for 12 years. These are his words, not mine, so I suspect that he thinks that way.

Mr. Laporte: Does the Canadian Police Association agree with that?

Mr. Kingston: Yes, I think so, I think that we agree that there are many defences that are being used. We've had defences such as someone claiming that they were asleep and that they were in a somnambulistic state while they were committing a murder. To me, that's an artsy-fartsy defence that would demand a great deal of scrutiny. We are coming up with different concepts, but we would like to think that there's enough out there now without getting into some more.

Mr. Laporte: In the draft code that has been set out for us by the Law Reform Commission, what areas and general parts do you think are inappropriate?

Mr. Kingston: At this stage, as we said in our brief, we will be preparing a clause-by-clause response. I'm certainly not a lawyer and I'm not prepared to go into that area as to all the areas that we feel shouldn't be there. I'd like to defer that. If you have a specific request, I'll get back to our consultant.

[Traduction]

M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): J'ai quelques commentaires à faire au sujet de votre exposé en général. J'aimerais vous demander quelques éclaircissements au sujet de ce qu'on peut lire à la page 5. Après avoir parlé de la définition des concepts, vous écrivez ceci:

Nos tribunaux ne fonctionnent pas de cette manière, en particulier en droit pénal, lorsque les accusés payent très cher des avocats intelligents pour les aider à démontrer qu'ils ne sont pas criminellement responsables de leur comportement.

Pouvez-vous nous donner des précisions à ce sujet? Que pensez-vous du sort qui est réservé aux accusés dans notre système judiciaire?

M. Kingston: Nous estimons que les lois existantes autorisent suffisamment de moyens de défense sans qu'il soit nécessaire d'ajouter ces concepts fumeux afin de permettre aux avocats intelligents de trouver d'autres moyens de défense. Voilà, en termes ordinaires, ce que nous voulons dire exactement.

M. Laporte: Vous ne prétendez pas que tous les accusés sont coupables.

M. Kingston: Nous sommes convaincus qu'un grand pourcentage des accusés sont coupables avant même d'avoir été reconnus comme tels par les tribunaux. Il me semble qu'il faut des motifs raisonnables et probables pour estimer qu'un individu est coupable, et suffisamment d'information pour exiger une déposition sous serment. À ce stade, il est certain que les agents de police ne sont pas les seuls à penser qu'un crime a été commis.

Il faut des motifs valables pour traduire quelqu'un en justice. Il est donc faux de prétendre que les accusés paraissent coupables dès le départ. Un petit nombre d'accusés sont déclarés non coupables par les tribunaux.

M. Laporte: Pensez-vous que le code permet aux avocats d'invoquer des arguments plus ou moins fumeux?

M. Kingston: Comme je l'ai dit tout à l'heure, ce sont les propres termes du consultant auquel nous avons fait appel. Il est procureur de la Couronne depuis une douzaine d'années, et je pense que c'est son opinion.

M. Laporte: Est-ce que l'Association canadienne des policiers est d'accord?

M. Kingston: Oui, nous pensons que les avocats ont recours à toutes sortes d'arguments. Par exemple, certains accusés ont prétendu qu'ils étaient endormis et qu'ils ont commis un meurtre en état de somnambulisme. Pour moi, il s'agit là d'un argument fumeux qui doit être envisagé avec une grande circonspection. Nous proposons différents concepts, mais nous pensons qu'il y en a assez et qu'il est inutile d'en ajouter.

M. Laporte: Dans le projet de code qu'a préparé la Commission de la réforme du droit, quelles sont les sections et les parties générales qui vous paraissent inappropriées?

M. Kingston: Comme je l'ai dit dans mon exposé, nous préparons actuellement une étude article par article. N'étant pas avocat, je n'ai pas l'intention de passer en revue tous les éléments qui ne me paraissent pas pertinents. J'aimerais remettre ça à plus tard. Si vous avez une question précise, j'en ferai part à notre consultant.

[Text]

Mr. Laporte: I must admit I had some concern with that statement. There's also a statement on page 11 of the preamble:

It is without doubt in our view that people seeking to avoid criminal responsibility will argue sections which impose criminal sanction for their behaviour are "unclear" and require guidance from a preamble.

The other side of that is that there are, on occasion, as you have suggested, people who are not guilty who are accused and tried and may try to use those same provisions. I have a little bit of concern with the Canadian Police Association. It seems to me from the message I got here that police only charge guilty people and the courts and lawyers are there to get people off, and maybe we should do away with the whole court system and—

Mr. Kingston: Even if we had a really nice world and you were never charged unless you were guilty, you'd still need the court system to determine what the appropriate penalty would be. It's like someone going through a stop street. He's going through a stop street because he's taking his pregnant wife to the hospital. It doesn't mitigate that he went through the stop street, but it may well mitigate the penalty or that he is going to be charged.

There are certainly discretionary powers that are available to police agencies and individual police officers because they are individual agents of the Crown. Of course we also have the safeguard of the crown attorney who can refuse to prosecute if he feels that charge is not proper. There are already safeguards in there.

I would like to think, as a former police officer, that there was a basis for anyone that I charged during my career and that there were reasonable and probable grounds to believe that person had committed that crime. If I didn't believe that, then I certainly wouldn't be doing my job. Anyone who puts people before the court system who do not meet the criteria, that they had, in fact, done the job, shouldn't be a police officer.

• 1045

From a practical point of view, we like to think that most people going before the court systems have committed an offence. There may well be mitigating circumstances, that they would be let off by the courts because there's an excuse.

Mr. Laporte: So the operative word is "most" or "many". Surely the courts have more of a role to play than just sentencing. When you first started your comments, you seemed to be saying that the police only charge guilty people and that the role of the courts is only to sentence people. You don't agree with the statement, do you?

Mr. Kingston: Well, I would like to think in a perfect world that only guilty people would be charged.

Mr. Laporte: Is Canada a perfect world?

[Translation]

M. Laporte: Je dois avouer que je me pose des questions. J'aimerais également avoir des éclaircissements au sujet de la déclaration que vous faites, à la page 11, relativement au préambule:

Nous sommes convaincus que les personnes qui chercheront à se décharger de leurs responsabilités criminelles prétendront que les articles qui prévoient de peines pour leur comportement manquent de clarté et qu'ils doivent être interprétés à la lumière d'un préambule.

Il peut arriver, en revanche, que des gens non coupables utilisent ces mêmes dispositions lors de leur procès. Le point de vue de l'Association canadienne des policiers me pose un peu de problème. Si j'ai bien compris, la police n'accuse que des personnes coupables, tandis que les tribunaux et les avocats s'efforcent de les déclarer non coupables. Il faudrait peut-être supprimer carrément le système judiciaire...

M. Kingston: Si nous vivions dans le meilleur des mondes, où seuls les individus coupables seraient accusés, le système judiciaire serait toujours utile pour déterminer les peines appropriées. Prenons le cas d'un homme qui serait coupable de n'avoir pas respecté un stop lorsqu'il transportait sa femme enceinte à la maternité. Cette circonstance particulière ne changerait rien à l'infraction, mais elle influencerait peut-être la peine ou l'amende à laquelle il serait condamné.

Les services et les agents de police disposent, en leur qualité d'agents de l'État, de certains pouvoirs discrétionnaires. Bien entendu, le procureur de la Couronne représente déjà une certaine protection contre les excès, puisqu'il peut refuser d'intenter des poursuites s'il estime que les accusations ne sont pas appropriées.

En tant qu'ancien agent de police, je suis convaincu que j'avais des motifs raisonnables de croire que toutes les personnes que j'ai accusées au cours de ma carrière étaient vraiment coupables. Si je n'en avais pas été convaincu, je n'aurais pas fait ce travail. Quiconque intente des poursuites contre un individu sans être convaincu qu'il a bien fait son travail, ne mérite pas d'être un agent de police.

D'un point de vue pratique, nous sommes convaincus que la plupart des gens contre lesquels des poursuites sont intentées ont vraiment commis une infraction. Il y a parfois des circonstances atténuantes qui font que certains accusés sont jugés non coupables par les tribunaux.

M. Laporte: Si j'ai bien compris, le mot important, dans ce que vous venez de dire, c'est «la plupart». Il est certain que les tribunaux ne doivent pas se contenter de déterminer les peines. Au début de votre témoignage, vous aviez l'air de dire que la police n'accuse que les coupables et que le rôle des tribunaux est de déterminer la peine des accusés. Vous revenez sur cette déclaration, n'est-ce pas?

Mr. Kingston: Disons que, dans l'idéal, seuls les coupables devraient être accusés.

Mr. Laporte: Mais est-ce que le Canada est un monde idéal?

[Texte]

Mr. Kingston: Of course not. We have a lot of lawyers out there who tell us we're imperfect.

Mr. Laporte: There's an old legal principle that says it is better to let 10 guilty people go than convict one innocent person. Do you agree with that?

Mr. Kingston: I think we have evolved. I worked drugs for seven years. In 1969 if we walked into a room like this and there was a hookah pipe in the middle, we would have collective possession. Everyone would be convicted. That was the law of our day.

It's not the law today. But was I wrong in charging 14 people in a room with one hookah pipe? Not in those particular days' standards. They were all found guilty. The law has evolved. When society views a law as being wrong, they change it. We no longer have collective possession.

Were they guilty? Well, someone was there, and under those particular circumstances—it is kind of illogical now to think that everybody in that room was guilty of that particular charge. But at the time, not only was that the way the law of the day was, it was also the way the courts handled it.

We're evolving through that particular system.

Mr. Laporte: Do you agree with that principle?

Mr. Kingston: I don't know really where you're coming from.

Mr. Laporte: There's a principle that says it is better to let 10 guilty people go than convict one innocent person. Do you agree that this should be an underlying principle in our judicial system?

Mr. Kingston: I don't really know that this has anything to do with the law. Society doesn't want this particular thing to happen, so we're codifying this into the law.

It's now up to our court systems to determine whether people who are not guilty have been convicted. That's certainly not the function of the law. The law should be saying, these are the things that society cannot agree with. Then the system should look after itself.

Mr. Laporte: I'm not sure if I fully appreciate the answer.

In the last paragraph on page 12 you say:

A final point should be made on this topic and on the Framework Document as a whole. It is specifically aimed at anti-social behaviour which is contrary to our accepted and defined principles.

Are you saying that the code is aimed at promoting anti-social behaviour; promoted or aimed at stopping anti-social behaviour, or what? I'm not sure what that means.

Mr. Kingston: What I think we're talking about should be made on this topic and on the framework document.

Mr. Laporte: But you say that it is specifically aimed at anti-social behaviour. What is specifically aimed at anti-social behaviour and from what direction?

[Traduction]

M. Kingston: Certainement pas. Il y a plein d'avocats qui nous disent que nous ne sommes pas parfaits.

M. Laporte: Selon le vieil adage, il est préférable de laisser en liberté dix coupables que de condamner un innocent. Est-ce que vous êtes d'accord avec ce point de vue?

M. Kingston: Je pense que les choses ont évolué. J'ai travaillé pendant sept ans au service de répression des drogues. En 1969, quand on faisait irruption dans une pièce où se trouvait un narguilé, on pouvait accuser toutes les personnes présentes de possession collective. Tout le monde était accusé. C'était la loi à l'époque.

Aujourd'hui, la loi a changé, mais est-ce qu'on peut dire que j'ai eu tort d'accuser les 14 personnes présentes dans la pièce où se trouvait le narguilé? Pas si l'on s'en tient aux normes qui prévalaient à l'époque. Toutes les personnes appréhendées ont été trouvées coupables. Depuis, la loi a changé. Lorsque la société estime qu'une loi est mauvaise, elle la change. La possession collective n'existe plus.

Est-ce que ces personnes étaient coupables? Certaines d'entre elles l'étaient certainement, mais il peut nous paraître illogique aujourd'hui de penser que toutes les personnes présentes dans cette pièce étaient coupables de la même infraction. Cependant, c'est ce que la loi prescrivait à l'époque, et les décisions des tribunaux allaient également dans ce sens.

Nous devons tenir compte de l'évolution du système.

M. Laporte: Êtes-vous d'accord avec ce principe?

M. Kingston: Je ne comprends pas ce que vous voulez dire.

M. Laporte: J'ai parlé du principe selon lequel il est préférable laisser en liberté dix coupables que de condamner un innocent. Estimez-vous que notre système judiciaire devrait s'inspirer de ce principe?

M. Kingston: Je ne pense pas vraiment que ce principe ait un rapport avec la loi. La société, ne voulant pas que ce genre de chose se produise, codifie la loi en conséquence.

Il incombe donc aux tribunaux de s'assurer que des innocents n'ont pas été condamnés. Ce n'est certainement pas le rôle de la loi. La loi précise ce que la société ne peut accepter. Par la suite, c'est au système de l'appliquer.

M. Laporte: Je ne suis pas certain que cette réponse me satisfasse.

Dans le dernier paragraphe, à la page 12, vous dites ceci:

Enfin, voici un dernier commentaire sur ce sujet et sur le document-cadre en général. Il vise précisément les comportements antisociaux qui sont contraires aux principes reconnus par notre société.

Est-ce que vous affirmez que le code encourage les comportements antisociaux ou qu'il vise au contraire à y mettre fin? Je ne comprends pas bien ce que vous voulez dire.

M. Kingston: Nous faisons allusion à ce sujet et au document-cadre.

M. Laporte: Mais vous affirmez qu'il vise expressément les comportements antisociaux. Pouvez-vous nous expliquer de quoi il s'agit?

[Text]

Mr. Kingston: Well, the whole Criminal Code. Our whole criminal law is aimed at anti-social behaviour or else we wouldn't have it.

Mr. Laporte: Right.

Mr. Kingston: We're one of the few jurisdictions in the world where the law is the same, whether I'm in Cornerbrook, Newfoundland, or in Comox, B.C. I think that's a great concept that the United States would do well to follow.

You have 50 different states and 50 different criminal laws. So what you do in one jurisdiction with impunity...you may well find yourself afoul of that same law when you go into a neighbouring state.

We're saying that it has to be updated, but we're also saying, don't put concepts in that are going to leave more legal loopholes than are already there.

Mr. Laporte: Is that being suggested in this general part, do you think? I know you do not have specifics, but—

• 1050

Mr. Kingston: Certainly from our point of view the consultant we've hired has indicated that this is a premise that could evolve if your committee doesn't treat this matter with some caution.

Mr. Laporte: So you're not sure whether—

Mr. Kingston: Well, one of the framework documents says we should adopt the UN principles. Certainly, sir, you wouldn't want us to just say... I don't even know what are the UN principles. I suspect most lawyers in Canada don't know what are the UN principles on justice. I suspect many of the 178 countries in there don't know what are the UN principles, either.

What we're saying is that in those particular concepts, let's have some clarity. To say that we're going to follow the Charter, well, the Charter is an evolving circumstance. It is going to evolve as we go along. We know that now. As we mention in our brief about the Morgentaler case, Judge Dickson says this is a social policy and the courts shouldn't have to interpret it. But then they have to turn around and interpret the existing law.

Mr. Laporte: So from the actual draft code that you refer to, you're saying that you're not really sure whether there's anything that should be there—

Mr. Kingston: Obviously there are some things that need immediate attention. Obviously there are some immediate attention needs in subsection 25.(4). Immediate attention is needed on DNA. If DNA is what it's supposed to be, then we need some safeguards as to how we get legitimate samples.

Again, this is an evolution of our law. At one point I could trick you. As long as I, as a police officer, could trick you, that didn't seem to bring the administration of justice into disrepute. That's not the recent ruling of the Supreme Court. If I trick someone into giving a statement in a cell block, for instance, that no longer is permissible under our existing law. So what we're really looking for is clarity.

Mr. Laporte: I understand that specifics will be coming. I'm just trying to get some of the general views here.

[Translation]

M. Kingston: Il s'agit de l'ensemble du Code criminel. Notre droit pénal vise à réprimer les comportements antisociaux. C'est sa raison d'être.

M. Laporte: En effet.

M. Kingston: Le Canada est un des rares pays du monde où la loi est la même partout, aussi bien à Cornerbrook, à Terre-Neuve, qu'à Comox, en Colombie-Britannique. Je crois d'ailleurs que les États-Unis devraient nous imiter.

Chez eux, le droit pénal est différent dans tous les États. Une action peut passer pour normale dans un État et être considérée comme une infraction dans l'État voisin.

Nous pensons que le Code criminel doit être mis à jour, mais qu'il faut bien se garder d'augmenter les échappatoires qui existent déjà.

M. Laporte: Est-ce que vous pensez que cela est suggéré dans la partie générale? Je sais que vous ne voulez pas vous prononcer sur les détails, mais...

M. Kingston: Le consultant que nous avons engagé nous a affirmé que ce principe pourrait évoluer si votre comité ne traite pas cette question avec prudence.

M. Laporte: Par conséquent, vous n'êtes pas certain...

M. Kingston: Un des documents-cadres recommande l'adoption des principes de l'ONU. Je ne connais pas ces principes et je suppose que la plupart des avocats canadiens ne connaissent pas les principes de justice de l'ONU. Je crois même que bon nombre des 178 pays membres ne connaissent pas les principes de l'ONU.

Nous réclamons un peu de clarté dans ces principes. On a beau vouloir s'en tenir à la Charte, il faut reconnaître que celle-ci évolue constamment. Elle évoluera au fil des ans. Ce n'est un mystère pour personne. Comme nous l'avons dit dans notre mémoire sur l'affaire Morgentaler, le juge Dickson a affirmé qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de trancher en la matière, car cette question était du ressort de la politique sociale. Cependant, les tribunaux doivent interpréter la loi existante.

M. Laporte: Par conséquent, vous réservez votre jugement sur le contenu du projet de nouveau code.

M. Kingston: Il est clair que certains aspects méritent une attention immédiate. C'est le cas, par exemple, du paragraphe 25.(4). Il faut s'intéresser immédiatement à l'ADN. Si l'ADN peut nous être utile, nous devons définir les paramètres applicables au prélèvement des échantillons.

Là encore, c'est la loi qui évolue. Il fut un temps où un agent de police pouvait employer la ruse, sans que cela semble porter préjudice à l'administration de la justice. Un jugement récent de la Cour suprême a changé tout cela. Par exemple, la loi actuelle ne permet plus d'obtenir une déclaration par la ruse dans la cellule d'un prisonnier. C'est pourquoi, nous demandons un peu plus de précision.

M. Laporte: Je comprends que les détails viendront par la suite. Je veux tout simplement obtenir quelques commentaires généraux.

[Texte]

I notice that on page 1 you say:

Essentially, in its general approach and many of its specific suggestions, it ignores the heritage and value of the common law practice of evolution of concepts and principles through the courts.

Suggestions have been made that all areas of criminal law should be in the code so that it's clear, it's simpler, and people know where it is. They look and there it is.

You seem to be saying that, no, we shouldn't do that, what is in common law should be in common law.

Mr. Kingston: It would seem to me that if I'm going to breach the criminal law, it already has to be in the code. If I breach the criminal law now, it has to be in the code. My defence may well be contained in some case law that's going to be found and put before the courts every day.

All we're really looking at is that if you're going to create... It seems to me that the whole process here was to take the existing law and bring it up to date with types of wordings that we would understand more. A fleeing felon, for example, is really out of date. Everyone agrees that fleeing felon is not the appropriate wording that this section was intended for.

Mr. Laporte: Can you explain to me what you mean by the bottom of page 4? It says:

What the authors are saying in a nutshell is that they reject the entire concept of the common law.

How are they doing that?

Mr. Kingston: I'm not going to be specific about this, but I think he has some case law here, at the top of page 5.

Mr. Laporte: That, I assume, is a development of common law that these cases have interpreted.

Mr. Kingston: That's right. It now becomes the law of the day. This is Canadian law, specifically Canadian law.

Mr. Laporte: How are the authors rejecting the entire concept of common law?

Mr. Kingston: I don't know. I'm not going to respond to that. I really don't know. I'm not the author of this particular article. I'm not a lawyer. I don't understand some of the concepts. Certainly I'll ask Scott and he can respond to you.

Mr. Laporte: It's just that it's a fairly strong statement. It would be nice to know what you mean by that.

Mr. Kingston: All right. I'll find that out.

[Traduction]

J'ai noté ceci, à la première page de votre mémoire:

Dans son approche générale et dans plusieurs cas précis, il fait fi de la tradition de la common law, où l'on assiste à la transformation des principes par les tribunaux.

Certains ont proposé que le code regroupe tous les secteurs du droit pénal, pour des raisons de clarté et de commodité.

Vous semblez être contre et préférer que la common law reste la common law.

M. Kingston: Il me semble que si je commets une infraction relevant du droit pénal, il faudrait que ce genre d'infraction soit prévu par le code. Par contre, mon moyen de défense pourra s'inspirer de certains précédents judiciaires.

Tout ce qui nous préoccupe vraiment, c'est le nouveau texte... Il me semble que tout le processus visait à moderniser la loi existante de manière à ce qu'elle soit plus facile à comprendre. Par exemple, l'expression «criminel dangereux en fuite» est vraiment démodée. Il est clair pour tout le monde que ce n'est pas un titre approprié pour cet article.

M. Laporte: Pouvez-vous me dire ce que signifie la phrase suivante, au bas de la page 4?

En résumé, ce que disent les auteurs, c'est qu'ils rejettent le principe général de la common law.

Comment peuvent-ils le faire?

M. Kingston: Je ne peux pas entrer dans les détails, mais je pense que notre consultant présente des cas qui font jurisprudence, au sommet de la page 5.

M. Laporte: Je suppose que ces cas s'appuient sur l'évolution de la common law.

M. Kingston: C'est exact. C'est désormais la loi qui prévaut, c'est la loi canadienne.

M. Laporte: Comment les auteurs s'y prennent-ils pour rejeter le principe général de la common law?

M. Kingston: Je l'ignore. Je ne peux répondre à cette question. Je ne suis ni l'auteur de cet article, ni avocat. Certaines des idées m'échappent. Je vais demander à Scott de vous répondre.

M. Laporte: Il s'agit là d'une déclaration assez forte, et j'aurais aimé savoir ce qu'elle signifie exactement.

M. Kingston: Très bien. Je vais me renseigner.

The Chairman: On that point, we would very much like to have you come back when you submit your more detailed proposal, because it's excellent. It's getting us to think about both sides of the question.

Mr. Laporte: I wonder if in answering that you can continue with... Back on the first page, you talk about how it makes a tremendously arrogant presumption that the people who populate the criminal justice system—Canadians—and

Le président: À ce sujet, j'aimerais vous demander de revenir lorsque vous présenterez une proposition détaillée, car votre exposé est excellent. Cela nous permet de voir les deux côtés de la question.

M. Laporte: J'aimerais poursuivre et revenir à la première page, où vous affirmez que le document considère de manière tout à fait arrogante le fait que les membres du système judiciaire, c'est-à-dire l'ensemble des Canadiens et

[Text]

not just members of the Law Reform Commission or the Department of Justice, are incapable of understanding language that is self-evident, and it loses sight of the cardinal principle, in your view, of what a general philosophy of a state's criminal law should be, clarity and simplicity wherever possible. In other words, you seem to be saying we're making this document less clear, less simple, and we're making some arrogant presumptions. Can you expand on that a bit? It is a very strong statement.

Mr. Kingston: Yes, it is. Obviously what I'll do the next time we come back is have with us our consultant, who made these statements and obviously feels strongly after working in the Canadian court system daily for the last 12 years.

I don't know about this. I'm not going to touch it at this stage. That's how he feels.

Most people working in a particular system as police officers or crown attorneys are relatively conservative people. We get rather comfortable with what's there. We know what's there and we know how the system has to evolve. To say changes are not needed in the criminal law is wrong. We recognize there have to be changes. But we don't believe there have to be wholesale changes in a system that in fact works.

The actual laying of the charges and getting people before the courts...it works. Our problem is that we have too many people who get before the courts and too many people who get into our jails. We do not have the systems in place before people get to those particular processes. That's what we're going to have to spend some time on, finding appropriate diversion programs so we aren't spending thousands of dollars to send people continuously back through a revolving door system that really doesn't rehabilitate anyone.

Mr. Laporte: I agree with that last statement you made.

This has been written under the blessing, I suppose, of the Canadian Police Association. Presumably it is its policy and its beliefs.

Mr. Kingston: That's right.

Mr. Laporte: I agree with your last statement, but certainly some of these statements, the ones on page 5 and page 11, which I referred to earlier...from my reading of it, it does imply that police officers charge only guilty people, that really the court system is in the way, we're wasting all kinds of money on a system that's trying to get guilty people off. Police should not be charging individuals unless they have some reasonable and probable grounds to charge them; absolutely. But that does not mean that absolutely that individual is going to be guilty. As you know, there are all sorts of cases where definitely, without a doubt, innocent people have been charged with offences. That is why we have a court system: to do our best to make sure people who are convicted of a crime have in fact committed that crime. The police association takes an attitude that it should be the sole judge. That does cause some concern.

[Translation]

pas seulement les membres de la Commission de réforme du droit ou le personnel du ministère de la Justice, sont incapables de comprendre une langue tout à fait évidente, et qu'il perd de vue le principe fondamental de clarté et de simplicité sur lequel devrait reposer, si possible, la philosophie générale du droit pénal. Autrement dit, vous semblez dire que nos efforts auront pour effet de rendre le Code criminel moins clair, moins simple, et que nous faisons des hypothèses arrogantes. Pouvez-vous nous expliquer cette déclaration fracassante?

Mr. Kingston: C'est en effet une déclaration très forte. La prochaine fois, je me ferai accompagner du consultant qui a préparé ce document et qui semble avoir des opinions très tranchées après avoir travaillé pendant douze ans au sein du système judiciaire canadien.

Je ne peux vous répondre pour le moment. Je peux vous dire simplement que c'est l'opinion de notre consultant.

La plupart des gens qui oeuvrent dans ce système en tant qu'agents de police ou procureurs de la Couronne sont plutôt conservateurs. Nous aimons le statu quo. Nous connaissons le système en place et nous savons comment il doit évoluer. Il est faux d'affirmer que le droit pénal ne doit pas évoluer. Nous reconnaissions que certaines choses doivent changer, mais nous sommes contre un bouleversement général d'un système qui donne de bons résultats.

La méthode actuelle, qui consiste à porter des accusations et à traduire les suspects devant les tribunaux, fonctionne bien. Le problème, c'est que les tribunaux sont engorgés et que les prisons sont surpeuplées. Il faudrait que le système soit en place avant qu'on en ait besoin. Nous devrons consacrer du temps à ces aspects et mettre au point des programmes appropriés de déjudiciarisation afin de ne plus avoir à dépenser des milliers de dollars pour le passage à répétition des jeunes personnes dans un système qui, finalement, ne leur permet pas de se réadapter.

Mr. Laporte: Je suis d'accord avec cette dernière observation.

Elle reflète probablement la politique et l'opinion de l'Association canadienne des policiers.

Mr. Kingston: C'est exact.

Mr. Laporte: Je suis d'accord avec votre dernière observation, mais ce n'est certainement pas le cas des déclarations contenues à la page 5 et à la page 11, auxquelles j'ai fait allusion tout à l'heure... Si j'ai bien compris, vous affirmez que les agents de police portent des accusations uniquement en ce qui concerne des individus coupables, que le système judiciaire anéantit leurs efforts et que nous consacrons énormément d'argent à un système qui s'efforce de prouver l'innocence des accusés. Il est évident que la police ne doit accuser personne avant d'avoir des motifs raisonnables et valables de le faire. Cependant, cela ne veut pas dire que tout accusé sera automatiquement reconnu coupable. Comme vous le savez, il est arrivé que des innocents aient été trouvés coupables. Notre système judiciaire est censé nous aider à prouver que l'accusé est effectivement coupable du crime dont il est accusé. Votre association voudrait que les policiers soient les seules juges. Et c'est cela qui m'inquiète.

[Texte]

Mr. Kingston: I think you're missing the complete point of our document. The Criminal Code is the Criminal Code. There's the Criminal Code. It just defines what the law is. The court systems operate after the fact. Of course the safeguards have to be in place to ensure we don't have a group of police officers hauling innocent people before the courts. I assure you we are probably the most regulated agencies in the world. We have about five different oversight groups in the province of Ontario that look over police officers continuously. We also have the safeguards of our crown attorneys to make sure the cases before the courts are proper. Then of course we have an ever-increasing criminal bar to test all the cases that go before it.

Let me give you an example. Arthur Maloney came before the Ontario Police Association. He was certainly one of the architects of our legal aid system in Ontario. At that point, in 1970, he confidently predicted that the legal aid system would never cost the Ontario citizens more than \$1 million a year. I think last year it was something like \$440 million.

• 1100

Mr. Laporte: You just put the lie to your statement on page 5 where it says that it is—

Mr. Kingston: No, no. I just stated what it is. It is a make-work system for a lot of lawyers.

Mr. Laporte: It assumes that all lawyers are intelligent and also assumes that they all pay for their lawyers.

Mr. Kingston: No. I think he just started the welfare state for lawyers.

The Chairman: Thank you, Mr. Laporte.

Mr. Kingston, I want to get you on the record for the Canadian Police Association on a couple of points. The reason I like your brief is it set up a contrast and forced me in my own mind to go back to first principles and thinking whether we should be doing this at all. On the one hand your brief seemed like a very small "c" conservative document, a strong argument for maintaining the status quo. I challenge that, as overall the system is immensely expensive. It's not anybody's fault. But when you add up the billions and billions of dollars spent on defence counsel, on policing across the country, then on the court system, then on the correctional system, it is tens and tens of billions of dollars, all of which is a cost to our society when we're trying to compete with other countries of the world. It makes us less competitive. So surely efforts on all of these different areas, to simplify it and make it cheaper, is money well spent. And yet I got the sense that your document was calling for essentially no changes in the code. Am I wrong in that?

[Traduction]

M. Kingston: Je pense que vous n'avez pas saisi véritablement l'objectif de notre document. Le Code criminel reste le Code criminel. Il définit la loi. Le système judiciaire intervient par la suite. Bien entendu, il faut disposer d'un certain nombre de protections pour éviter que certains agents de police ne traduisent des innocents devant les tribunaux. Je peux vous dire que nous sommes probablement l'organisme le plus surveillé du monde. En Ontario, les agents de police sont continuellement surveillés par plus de cinq groupes différents. Par ailleurs, nous soumettons les cas aux procureurs de la Couronne avant d'intenter des poursuites. Bien entendu, il faut de plus en plus de juges pour examiner tous les cas qui sont soumis à la justice.

Laissez-moi vous donner un exemple. Arthur Maloney s'était présenté devant l'Association des policiers de l'Ontario. Il a certainement été un des piliers du système d'aide juridique ontarien. Oui, en 1970, il n'avait pas hésité à prédire que l'aide juridique ne coûterait jamais plus de un million de dollars par an aux contribuables de l'Ontario. Or, l'année dernière ce système a coûté quelque 440 millions de dollars.

M. Laporte: Mais, alors, vous allez à l'encontre de ce que vous avancez à la page 5 de votre mémoire, car on y dit justement que... .

M. Kingston: Non, pas du tout. C'est une simple constatation. Cela permet de donner du travail à des avocats qui n'en auraient peut-être pas.

M. Laporte: Cela suppose que tous les avocats sont intelligents, mais cela suppose également qu'eux n'ont pas recours à l'aide juridique.

M. Kingston: Non. Il a instauré une sorte d'État-providence pour les avocats.

Le président: Monsieur Laporte, je vous remercie.

Monsieur Kingston, j'aurais voulu obtenir, par votre intermédiaire, la position officielle de l'Association canadienne des policiers sur un certain nombre de points. Votre mémoire a retenu mon attention car, en prenant une position tranchée, il m'a porté à réfléchir sur le sens de notre démarche. Il me semble fondé sur des principes conservateurs au sens premier du terme, c'est-à-dire qu'il se pose en défenseur du statu quo. Mon point de vue est tout autre, car j'estime que le système qui a été mis sur pied coûte affreusement cher. Je ne vise personne en disant cela, mais c'est un fait que, chaque année, notre société consacre des milliards et des milliards à la défense des inculpés, à la police, au système judiciaire, puis au système correctionnel. Cela finit par nous coûter des dizaines de milliards de dollars, à une époque où notre pays tente de faire face à la difficile concurrence que nous livrent les autres nations. Or, ce genre de dépenses nuit manifestement à notre compétitivité, et tout ce qui permettrait de simplifier notre système et de rendre son fonctionnement moins onéreux serait amplement justifié. Or, à en croire votre mémoire, il n'y a pas lieu de modifier le Code criminel. Ou est-ce que j'ai mal compris?

[Text]

Mr. Kingston: I would like to think that all these sorts of systems can be done, that the framework changes can occur outside the criminal law. The criminal law really just defines, Mr. Chairman, what society and parliamentarians view as criminal conduct, and so we make these particular definitions. But how we treat those particular definitions is really up to the courts.

A case in point immediately jumps to mind. It's our so-called war on drugs. Parliamentarians are saying that we're going to spend x number of dollars and that we have drug programs that will eradicate all these sorts of things. And then you walk into our court system and find out that simple possession charges are absolute discharges, and then after that there are more absolute discharges, then conditional discharges. So what we really end up with is we know that the people who go through the particular system are rarely ever given the penalties that are contained in the law. If those penalties are inappropriate, then perhaps that is what parliamentarians should be zeroing in on.

The Chairman: But, Mr. Kingston, isn't that the point? It seems to me that the Criminal Code is the starting document for that whole series of very expensive processes we have in our society. This impetus we are trying to wrestle with as a committee, that is not our idea. It has been around for many decades. People are saying that the Criminal Code has become incomprehensible and that the Criminal Code itself is bringing on this enormous cost in other parts of the system. So surely to simplify and to make it cheaper, if for no other reason, this is a legitimate impulse to start with, how the code is framed, the wording, get the concepts down more simple.

I became enamoured of that some 13 years ago, in 1979, when Senator Jacques Flynn started, and before that I practised law for 11 years. So it seems to me, in spite of what I think your brief is saying, that you don't want to have too many changes. If we could simplify the code so Canadians could understand those principles more clearly, that might lessen the cost as we go along. Do you agree with that in general?

Mr. Kingston: I'd be hard-pressed not to agree with it. If there's any sort of thing that can simplify the logic... But it seems to me that is not going to change if we have a general framework containing the same existing laws, unless parliamentarians change society's views of a whole bunch of things.

• 1105

An example that cries out for some change is that the biggest advertisements in our telephone yellow pages are for escort services, prostitution by any other name. Yet we turn around and we devote our police resources to picking up street kids off the street who are prostitutes. Why? Because they've become a nuisance to the business community. Our law becomes more of a nuisance value because no one wants to really deal with the issue and say, look, should we legalize prostitution?

[Translation]

M. Kingston: J'ose croire que ce n'est pas le Code criminel qu'il convient de modifier. Monsieur le président, le droit pénal ne fait que définir ce qui, aux yeux de la société et du législateur, constitue des agissements criminels. Il faut bien en donner une définition. Après cela, c'est aux tribunaux qu'il appartient de prendre le relais.

Prenez l'exemple de la lutte antidrogue. Le législateur décide d'y consacrer telle et telle somme et d'instituer des programmes censés éliminer le problème. Mais, du côté judiciaire, on s'aperçoit que la simple possession vaut à son auteur une absolition inconditionnelle, puis une autre absolition inconditionnelle et, enfin, une absolition sous condition. Chacun est en mesure de constater que les personnes accusées de ce type d'infraction se voient rarement imposer les sanctions prévues par loi. Mais alors, si on estime que les sanctions ne sont plus adaptées, il appartient peut-être au législateur de les modifier.

Le président: Mais, monsieur Kingston, n'est-ce pas justement l'objet de cet exercice? Pour moi, le Code criminel est à chaque fois le point de départ de toute une série de mécanismes extrêmement onéreux. Nous essayons donc de nous attaquer à la source du problème. L'idée ne vient pas de nous; beaucoup l'ont exprimée auparavant. Nombreux sont ceux, en effet, qui affirment que le Code criminel est devenu quasi incompréhensible et qu'il entraîne, en aval, des coûts démesurés. C'est pourquoi il vaut la peine, ne serait-ce que pour cela, de chercher à simplifier les textes et à rendre le système moins onéreux. Tout cela commencerait par une simplification des concepts et du libellé du code actuel.

J'ai été séduit par cette idée il y a treize ans, en 1979 pour être précis, lorsqu'elle a été lancée par le sénateur Jacques Flynn. J'avais auparavant exercé le droit pendant onze ans. C'est pourquoi j'ai l'impression que, malgré les arguments présentés dans votre mémoire, vous n'êtes pas vraiment partisan d'une refonte. Je crois qu'en simplifiant le code, en rendant les principes qui le sous-tendent plus facilement compréhensibles pour l'ensemble des citoyens, nous parviendrions à réduire les coûts de l'administration de la justice. Êtes-vous d'accord sur ce point?

M. Kingston: J'aurais mauvaise grâce à ne pas être d'accord. Tout ce qui permettrait de simplifier l'énoncé du droit... Mais je ne crois pas que nous puissions le faire en conservant notre législation actuelle; il faudrait que le législateur parvienne à modifier, sur un grand nombre de points, l'optique de la société.

Vous aurez constaté que, dans les pages jaunes du téléphone, ce sont les services d'escorte, c'est-à-dire de prostitution, qui occupent le plus de place. Voilà, je crois, l'exemple typique de quelque chose qu'il serait urgent de changer car, assez paradoxalement, en même temps que les services d'escorte prospèrent, la police s'affaire à chasser de la rue les jeunes qui se prostituent. Pourquoi? Parce qu'ils gênent les commerçants. Ainsi, la loi s'en prend surtout aux apparences au lieu de régler le problème sur le fond, personne ne voulant vraiment parler de la légalisation de la prostitution.

[Texte]

Gerald LeDain many years ago said we should legalize marijuana. I don't think many people agreed with him, but I suppose we would have had a hell of a lot less people in jail if we had agreed with him back in the 1970s.

The Chairman: In a sense haven't we, in terms of possession?

Mr. Kingston: I think we probably have in how we've treated the penalties, with absolute discharges. We probably did.

The Chairman: It is the same with prostitution, because it is a growing thing. But I'm still convinced that if the Criminal Code were framed in words that ordinary people could understand...the reality is that they can't. Most of us as lawyers can't work our way through it because you have to go to part 1 and part 27, and you have to be jumping around all the time.

Surely in the broad context of this country a more understandable code would be helpful.

Mr. Kingston: Certainly from our reading of our document that's what we're saying. Clarify it. Get the sections all in place. Let us take the existing code and clean it up and add the sections that are required now, as we said, like surveillances, DNA, fleeing felon. Do that, and then if we're going to work through this... As you said, sir, it has been about 13 years since people really started to take a look at this. The Law Reform Commission is now defunct. They did a lot of work on this issue. For me to say that all this is garbage... I wouldn't say that, nor would our consultant.

The Chairman: Has the police association ever thought of the very radical recommendation of moving from the adversarial criminal law that we have here to the European inquisitorial model where the judge acts as an inquisitor, and defence counsel and prosecutors play a much reduced role, and of course far more people are convicted under that system than here?

Mr. Kingston: Bob and I have talked about this. What appalls us is that the courts now seem to be much more adversarial, and they're not seekers of truth. Certainly from our point of view that's what the courts should be looking at: is this the truth?

Take a situation like Duarte where police officers can use a body pack for personal safety. I can be working as an undercover drug officer. I can come up to you and I can make a purchase of heroin. I can have a body pack for my safety, but I can't use that body pack in the court system. But I can testify to what you said. That seems to us to be a conflict in terms. If we're going to have police officers who can in fact do undercover work, surely there's a protection to the person

[Traduction]

Il y a longtemps, Gérald LeDain avait recommandé la légalisation de la marijuana. Peu de gens étaient d'accord, mais si, dans les années 70, nous l'avions suivi dans cette voie, on n'aurait pas été forcés de mettre autant de monde en prison.

Le président: Mais, dans une certaine mesure, nous l'avons suivi pour ce qui est de la simple possession.

M. Kingston: C'est sans doute vrai au niveau des sanctions, puisque nous avons accordé de très nombreuses absolutions inconditionnelles. C'est effectivement le cas.

Le président: Et il en va de même de la prostitution, étant donné que le phénomène s'étend. Cela dit, je reste persuadé que si notre Code criminel était rédigé en des termes facilement compris des simples citoyens... Or, c'est loin d'être le cas. Beaucoup d'entre nous, qui sont avocats, ont du mal à pénétrer le Code criminel puisque, sur un sujet donné, il faut, par exemple, sauter de la partie 1 à la partie 27 et continuer tout le temps ainsi.

Une présentation plus rationnelle des articles du code faciliterait sans doute la tâche de chacun.

M. Kingston: C'est bien, je crois, ce que nous disons dans notre mémoire. Le Code criminel mérite d'être clarifié. Il faudrait réunir, de manière plus cohérente, les dispositions applicables aux diverses infractions. Opérons un nettoyage du texte et introduisons de nouvelles dispositions adaptées à la situation présente et touchant, par exemple, les divers types de surveillance, les tests par ADN, les règles applicables aux criminels dangereux en fuite. Procérons ainsi, et si, après cela, il faut reprendre... Vous avez raison de rappeler que l'idée a été lancée il y a déjà treize ans. On a supprimé la Commission de réforme du droit, qui s'est penchée de manière approfondie sur l'ensemble de la question. On ne peut tout de même pas dire qu'elle n'a pas fait un travail très sérieux... Ce n'est pas mon opinion, ni celle de notre consultant.

Le président: L'Association des policiers a-t-elle réfléchi à l'idée, très radicale, de modifier notre système pénal et de passer de notre actuel système contradictoire au système inquisitoire en vigueur en Europe. Dans ce modèle, le juge a une fonction inquisitoire, les avocats de la défense et l'accusation étant un peu plus en retrait. Ce système aboutit plus souvent que le nôtre à une déclaration de culpabilité.

M. Kingston: J'en ai effectivement parlé avec Bob. Ce qui nous consterne, c'est que nos tribunaux fonctionnent de plus en plus selon un modèle contradictoire, ce qui veut dire, à notre avis, qu'ils n'accordent pas la priorité à la recherche de la vérité. Or, nous estimons que la fonction principale des tribunaux est justement la recherche de la vérité.

Prenez le cas de l'affaire Duarte, où des agents de police s'étaient munis, par souci de sécurité, de micro-émetteurs. Supposez que je sois un policier à qui l'on a confié une mission d'infiltration dans le milieu des stupéfiants. On m'autorise à m'équiper d'un micro-émetteur pour ma sécurité, mais je ne pourrais pas faire état, devant les tribunaux, des propos que j'aurais enregistrés. Je suis d'accord qu'il y a là quelque chose d'illogique. Dans la

[Text]

that is being accused and to the whole system if everything is admissible. That's truth. Sometimes we're losing sight of that in our courts. Very often we're losing sight of that in our courts, and there are things that are happening through expedience.

We have a tremendous system that most people don't realize of plea bargaining that goes on every day in our courts. Why? Because the courts are filled. There are too many people coming before them. Does that mean that society is going to hell in a hand wagon? I would say no. But the more poverty we have, the more crime we have, and the more unemployment we have...

There's a tremendous vacuum now. We know that between the ages of 18 and 24, people are more likely to do their criminal activity, and wonder if they can live to the ripe old age of 25 when most people straighten out.

The Chairman: You alluded to this earlier in your evidence, and other people have put it more forcefully, that we're really trying to use our criminal law for social control and it just doesn't work that way. It's too blunt an instrument. That too is part of what we're trying to get our head around, whether we can use other mechanisms and restrict the criminal law to very serious things. I'm not exactly sure what the alternative is for social control because we don't have the nuclear family any more and the church certainly doesn't—

• 1110

Mr. Kingston: Certainly when you were a young lawyer and I was a young police officer, when someone went to Kingston Penitentiary there was an opportunity at that time to learn some skills. The penitentiary systems had trade schools so people could come out of there with some learning skills. But our system is now strictly volunteer. There isn't any way we can take unskilled people in the system now and give them some skills if they don't want to acquire them.

How do we get back to that? I don't know. But that's why diversionary programs cry out. We need to look at these particular diversionary programs, short of getting people before the courts and through the system.

The Chairman: I'll recognize Mr. Rosen and, after him, Mrs. Pilon for questions.

Mr. Philip Rosen (Committee Researcher): Thank you, Mr. Chairman.

I'd like to take you back, Mr. Kingston, to the earlier discussion of preambles. I suspect the debate may have been a little too narrow. One of the attempts made in the past 10 to 15 years has been not to provide more coherence, but to reduce the incoherence in the criminal justice system. One of the ways of doing that has been for Parliament to set out purposes and principles to be followed by various participants in the criminal justice system.

[Translation]

mesure où l'on autorise les missions d'infiltration policière, j'estime que l'on peut, sans bafouer les droits de la défense, déclarer admissible ce genre de preuve. C'est cela la recherche de la vérité. Des fois, les tribunaux ont tendance à l'oublier et, parfois, c'est le souci de facilité qui l'emporte.

La majorité des gens ignorent l'extrême fréquence des négociations de plaidoyer. Pourquoi a-t-on adopté un tel système? À cause du grand nombre de cas portés devant les tribunaux. Les contrevenants sont trop nombreux. Doit-on penser, pour cela, que la société va à vau-l'eau? Je ne le pense pas, mais c'est un fait que plus il y a de pauvreté dans un pays, plus les crimes se multiplient, et plus il y a de chômage, plus...

On constate un énorme vide. Nous savons que la plupart des infractions sont commises par des gens âgés de 18 à 24 ans. Poumons-nous compter sur le fait qu'en atteignant 25 ans, la plupart se rangeront?

Le président: Vous avez parlé de cela tout à l'heure, et d'autres ont fait valoir encore plus vertement que nous avons voulu faire de notre droit pénal un outil de contrôle social, mais que cela ne donne pas de très bons résultats car le droit pénal est un instrument mal adapté à ce genre de mission. C'est un autre aspect auquel nous tentons de réfléchir afin de voir si l'on ne pourrait pas recourir à d'autres mécanismes, ne faisant appel au droit criminel que dans les cas les plus graves. Je ne vois pas très bien où sont les ressorts du contrôle social car l'émission de la famille et la baisse d'influence des églises entraînent...

M. Kingston: À l'époque où vous étiez jeune avocat et moi jeune policier, les gens que l'on envoyait au pénitencier de Kingston avaient la possibilité d'apprendre un métier. Le système pénitentiaire incorporait un système d'enseignement technique qui permettait d'assurer aux détenus une certaine formation. Aujourd'hui, la formation est entièrement facultative. On ne peut pas imposer une formation aux détenus qui n'en veulent pas.

Comment changer cela? Je n'en sais rien, mais c'est pourquoi j'estime qu'il est particulièrement urgent d'envisager des mesures et des programmes de déjudiciarisation, enfin des programmes qui permettraient de désengorger les tribunaux et de réorienter, si vous voulez, un certain nombre de contrevenants.

Le président: Je vais passer la parole à M. Rosen et, après lui, M^{me} Pilon aura l'occasion de poser ses questions.

M. Philip Rosen (attaché de recherche du Comité): Merci, monsieur le président.

Pourrions-nous, monsieur Kingston, reprendre notre examen des préambules. Je crois que nous avons peut-être passé un peu rapidement sur la question. Au cours des 10 ou 15 dernières années, on s'est moins attaché à instaurer une plus grande cohérence mais, plus modestement, à réduire les incohérences de notre justice pénale. C'est pourquoi le Parlement a tenté d'énoncer les objets et principes de notre justice pénale.

[Texte]

I remind you of the Young Offenders Act. We won't discuss the merits of that legislation, which sets out the principles to be applied. Most recently, I believe your organization appeared before the standing committee on Bill C-36, the Corrections and Conditional Release Act, which has purpose and principles clauses in it.

Of course, the purpose of purpose and principles clauses is not to set out abstract values, but to set out the general rules. . .first of all, the purpose being the goals of this part of the criminal justice system and the principles being the means by which the goals would to be achieved. That's somewhat different from a preamble.

In light of the context I'm providing, I wonder whether you could express the views of your association with regard to a general part of the Criminal Code, which sets out all the rules to be applied in the Criminal Code, itself having a purpose and principles clause that says the purpose of the criminal law system is thus, and this is how it is to be achieved. Do you have a view of that kind of purpose and principles clause actually being in the statutes?

Mr. Kingston: I personally wouldn't object to this. Anything that's going to give clarity I wouldn't object to. I would object if that particular. . .gave another defence. That's really the point we're trying to make—don't give another loophole in the law. There are enough there now.

As I understand Bill C-36, one of the principles was to allow victims back into the system. With Bill C-36, there's now an opportunity, if I'm an aggrieved victim, to go to a parole hearing, and I can receive notice about that. Under Bill C-36, it was to take some of the mystique out of the existing language.

I still think people in Canada don't know when someone who is sentenced to six years is eligible to be out. That's the kind of mystique I would like to see taken out of the criminal law. If we're recognizing that one-third of our sentences are off, then everyone should know that right off the top. If we know we want people out of the system and back into society as quickly as possible, we should be able to say this.

Mr. Rosen: If I might follow up, my deduction from reading your brief and listening to what you said this morning is that you accept at least two principles that could be in a purpose and principles clause. Implicit in what you said is that the protection of society is an important value, but indirectly you seem to have also said the criminal law should be used with restraint. Am I misreading your position or would this be your position on values that would be included in a purpose and principles clause?

[Traduction]

J'en prends pour exemple la Loi sur les jeunes contrevenants. Il n'y a pas lieu ici de revenir sur les avantages et les inconvénients de ce texte, qui fixait, en la matière, un certain nombre de principes. Votre organisation a comparu, récemment, devant le Comité législatif sur le projet de loi C-36, Loi régissant le système correctionnel et la mise en liberté sous condition. Ce texte contient, en effet, deux rubriques consacrées à l'objet visé et aux principes à suivre.

Il est bien évident qu'il ne s'agit pas d'énoncer des valeurs abstraites mais bien de fixer des règles d'application générale. Ainsi, l'objet, c'est l'objectif à atteindre dans le cadre de tel ou tel secteur de notre justice pénale, les principes étant les moyens permettant d'atteindre cet objectif. Vous voyez donc que c'est autre chose qu'un préambule.

Je voudrais que, dans cette optique, vous nous disiez quelle est l'attitude de votre association à l'égard d'une partie générale qui, dans le Code criminel, fixerait l'ensemble des règles applicables et qui contiendrait aussi un exposé de l'objet et des principes de notre justice pénale, avec, bien sûr, les moyens d'y parvenir. Êtes-vous favorable à l'introduction d'un tel énoncé dans la loi?

M. Kingston: Je n'y vois personnellement aucun obstacle. Je suis favorable à tout ce qui donnerait au texte une plus grande clarté. Je ne serais, par contre, pas favorable à une disposition qui, en fait, ne ferait que créer un nouveau moyen de défense. C'est là que nous voulons en venir—ne pas créer une autre échappatoire. Notre droit pénal en contient déjà assez.

Le projet de loi C-36 tentait, me semble-t-il, de donner aux victimes un plus grand rôle. En tant que victime d'un acte criminel, je vais dorénavant pouvoir assister, par exemple, à l'audience de libération conditionnelle, et par conséquent, me voir notifier l'heure et le lieu de celle-ci. Le projet de loi C-36 a voulu rendre les règles plus accessibles au commun des mortels.

Je crois qu'en général, les citoyens ne savent toujours pas à quelle date un contrevenant condamné à six années de prison sera admissible à la libération conditionnelle. Je voudrais voir éliminer ces obscurités. S'il est acquis que les détenus pourront bénéficier d'une remise égale à un tiers de leur peine, j'estime que chacun devrait être en mesure de le savoir. Si nous avons pour politique d'assurer, dans les meilleurs délais, la réinsertion d'un contrevenant, il convient que l'ensemble des citoyens le sachent clairement.

M. Rosen: Après avoir pris connaissance du mémoire que vous nous avez transmis et compte tenu de ce que vous avez dit ce matin, je crois comprendre que vous admettez au moins deux des principes qui pourraient être énoncés dans un article précisant le but recherché et les principes permettant d'y parvenir. Il ressort de ce que vous avez dit que la protection de la société est, certes, un but important, mais vous semblez également penser qu'il convient de bien mesurer notre recours au droit pénal. Est-ce que je me trompe en disant cela, ou seriez-vous effectivement d'accord pour préciser cela dans un article énonçant le but à atteindre et les principes permettant d'y parvenir?

[Text]

Mr. Kingston: What I'm trying to say is that the sentencing in criminal law has to be exercised with restraint. We can't have our prisons burgeoning with people who are not a danger to society and loading up our prisons with wayward parents who are defaulting on their payments.

• 1115

It seems to me we just can't use our court systems as bill collectors. We don't have the resources to do that. If there is any possibility of rehabilitating an offender before they get into the system, we should be exploring and doing that instead of spending more resources on that than we currently do.

We spend a great deal of time on our youthful offenders. Once they hit the magic age of 18, though, we just put them in jail.

Mr. Rosen: Do I deduce also from your presentation that in your association's view the primary value or the primary principle, however it is defined, should be the protection of society?

Mr. Kingston: Absolutely.

Mr. Rosen: Can you give us some sense of what your association's view is as to what protection of society means?

Mr. Brennan: Perhaps just to reinforce Jimmy's point, violent offenders and violent crime are on the increase right across the country. If you as a parent have a 17 year-old daughter who is working at Mac's Milk to make some extra money and a guy sticks a loaded shotgun in her face or injures her in some fashion during the commission of a hold-up, you will think there should be some severe and serious punitive measure taken against that individual. As for a car thief who takes your car out to the drive-in to impress his girlfriend, putting him in jail would simply be a waste of time. To put some shoplifter with a mental disturbance in jail is a waste of time.

We want to keep the people who are hurting people in society away from us. We don't want these guys around us. The tragedies are just enormous. You can't believe the pain and suffering they inflict on Canadians in this country.

We deal a great deal with Victims of Violence. The stories that come out of that organization are just horrifying. We think that for these people, the Clifford Olsons and the people involved in the killing and molesting of children...measures have to be taken to separate the rest of society from these types of individuals.

Mr. Rosen: Thank you.

Ms Marilyn Pilon (Committee Researcher): In your brief you were expressing concerns about the process of recodification, I think, and I would like to clarify whether your concern is that in the process the law will be changed

[Translation]

M. Kingston: J'estime qu'on doit faire un usage mesuré des sanctions pénales. On ne peut tout de même pas remplir les prisons avec des gens qui ne présentent pas un danger pour la société ou avec des parents irresponsables qui ne versent pas la pension alimentaire à laquelle ils sont tenus.

J'estime qu'on ne devrait pas transformer nos tribunaux en une société de recouvrement de créances. On ne peut pas se le permettre financièrement. On devrait donc, dans la mesure du possible, assurer la réinsertion du contrevenant avant même de le faire comparaître devant un tribunal correctionnel. Cela devrait nous permettre de mieux maîtriser l'explosion des coûts de la justice.

On consacre beaucoup de temps et d'efforts à nos jeunes contrevenants mais dès qu'ils atteignent l'âge fatidique de 18 ans, on les met en prison.

M. Rosen: Puis-je également conclure de votre mémoire qu'aux yeux de votre association, le principe de base est la protection de la société?

M. Kingston: En effet.

M. Rosen: Pourriez-vous nous exposer un peu comment votre association entrevoit cette protection de la société?

M. Brennan: Permettez-moi de préciser, pour confirmer ce que nous disait Jimmy, qu'on constate à l'heure actuelle, sur l'ensemble du territoire national, une augmentation du nombre de crimes avec violence et une augmentation aussi du nombre de personnes commettant ce type d'infraction. Supposez que vous ayez une fille de 17 ans qui travaille au Mac's Milk pour se faire un peu d'argent de poche et qu'un jour, lors d'un vol à main armée, un type lui colle sous le nez un fusil de chasse chargé ou lui inflige des blessures. Vous serez sans doute d'accord pour qu'on impose à cet individu des sanctions très sévères. À l'inverse, on comprend mal pourquoi on mettrait en prison quelqu'un qui n'a fait qu'emprunter votre voiture pour emmener sa copine en promenade. Dans un même ordre d'idées, on ne comprend pas non plus pourquoi on mettrait en prison un individu un peu déboussolé qui commet un vol à l'étagage.

Il faut tenir à l'écart tous ceux qui font du mal aux autres. C'est incroyable le mal et la souffrance que certains infligent à leurs concitoyens.

On a beaucoup affaire aux membres de l'Association des victimes d'actes de violence. On a ainsi pu recueillir des témoignages pleins d'horreurs. Dans ce genre de cas, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un Clifford Olson ou de gens qui s'attaquent aux enfants... il faut bien mettre ces gens-là à l'écart de la société.

M. Rosen: Je vous remercie.

Mme Marilyn Pilon (attachée de recherche du Comité): Votre mémoire exprime certaines préoccupations vis-à-vis de la nouvelle codification, et j'aimerais savoir si ce qui vous inquiète, c'est un changement éventuel de la loi ou si, au

[Texte]

somehow and it won't look the same as it does today, or is your concern that if it is codified in a way that reflects the present common law or attempts to do so, it won't work because it will be subject to interpretation that may result in an unintended. . .?

Mr. Kingston: I think that's exactly what we are saying. There is a substantive change of words. It is like the words "wilful intent"; people have written textbooks on what we mean by "intent". If we change that word to something close to that, does that mean we are going to write another textbook on that particular word?

We are saying that if there are going to be changes, they have to be changed with caution, bearing in mind the principles in place and the backlog of jurisprudence we already have that surely would be tested against any new changes in the law. You know that the bar are going to and do look at every conceivable type of defence.

Ms Pilon: Do you agree, though, that there are certain areas of the law that are unclear right now and that could benefit from recodification?

Mr. Kingston: I think that's a given. Yes, there are certainly areas that can be changed, but this is a mammoth task and each section has to be thought about as we change it. There may well be some area of the law that is absolutely redundant, that sits there for years and is never used.

• 1120

Ms Pilon: You seem to express some concern about the codification of defences. We could say that you don't want to see any expansion of the use of intoxication as a defence. Accepting that, do you see a benefit in perhaps codifying that area, since I think, to use the words of the framework document, the law in that area is at the present unsettled? Do you see a benefit in attempting to settle the law in that area by codification?

Mr. Kingston: Again, I'm not a lawyer. You're asking me relatively technical questions. I'm going to say that if there are going to be things like entrapment, which we already mentioned earlier, what do we mean by that? That's going to be very beneficial to our membership. We're the ones who have to enforce that law and we have to understand what it means. I don't want to see more of our police officers before the courts because they interpret the law in one way and they are wrong. If there can be something in the general part that's going to make that more clear, it makes it better for us.

Ms Pilon: I think yesterday it was suggested to the committee that if the entire Criminal Code is to be eventually recodified, it may be necessary or advantageous to hold off on proclamation of the general part until the other special parts of it at least address the reform in that area. I presume what they're suggesting is that the entire package then would be changed.

[Traduction]

contraire, vous craignez que la nouvelle codification reprenne ou essaie de reprendre l'essentiel de l'actuelle common law en créant de nouveaux risques au niveau de l'interprétation?

M. Kingston: C'est ce qui nous préoccupe effectivement. On constate, en effet, une modification des formules clés. Prenons l'exemple du concept d'"intention délibérée". Des livres entiers ont été écrits sur la notion d'intention. Or, si vous utilisez un autre mot, si nous lui substituons un mot à peu près équivalent, va-t-on devoir, à nouveau, écrire des livres entiers pour expliquer le sens qu'il convient de donner à la nouvelle expression?

D'après nous, il faut faire preuve d'une grande prudence, respecter les principes en vigueur et tenir compte de la jurisprudence actuelle, qui pourrait être mise à mal par certains des changements adoptés. Vous savez bien qu'au niveau de la défense, les avocats tireront argument du moindre changement.

Mme Pilon: Mais êtes-vous d'accord pour dire qu'il existe, dans certains domaines du droit, des zones obscures que permettrait d'éclaircir une nouvelle codification?

M. Kingston: Cela me semble évident. Il existe, en effet, certains domaines qui pourraient être changés, mais il s'agit d'une tâche colossale, chaque changement envisagé devant être mûrement réfléchi. Il peut y avoir des dispositions tout à fait superflues qui restent en vigueur même si elles ne sont jamais invoquées.

Mme Pilon: La codification des moyens de défense semble vous préoccuper. J'ai l'impression, par exemple, que vous ne voudriez pas voir élargie la possibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense. Cela étant, pensez-vous qu'il serait bon de codifier les règles applicables à ce domaine actuellement marqué par une certaine incertitude? Pensez-vous que l'on pourrait, par un effort de codification, davantage préciser les règles applicables?

M. Kingston: Je répète que je ne suis pas avocat. En effet, vous me posez là une question assez technique. Permettez-moi de répondre en vous demandant comment, par exemple, on codifierait les règles applicables aux opérations de provocation policière. Les membres de notre organisation y trouveraient sans doute avantage car, dans la mesure où nous sommes chargés de faire respecter la loi, il faut bien que nous sachions à quoi nous en tenir. Cela permettrait peut-être d'éviter, à l'avenir, de voir comparaître en justice des agents de police qui s'étaient trompés sur l'état du droit. Nous serions heureux de voir ce genre de choses précisées dans la partie générale.

Mme Pilon: Quelqu'un a fait valoir hier devant le comité, que si l'on se dirigeait vers une nouvelle codification de l'ensemble de notre législation pénale, il serait peut-être bon, voire nécessaire, de retarder la proclamation de la partie générale en attendant que les diverses autres parties du code aient été modifiées sur ce point. Ce qu'il voulait dire, j'imagine, c'est qu'il conviendrait de transformer l'ensemble du code criminel.

[Text]

Mr. Kingston: I don't think that's the point we've made. We said that there are some areas that need to be changed right now. I think the minister has already recognized that and is working towards changes in that whole area of surveillances, DNA, and of course the fleeing felon... Those areas are being worked on right now. We feel those should be attacked with some urgency.

Ms Pilon: With respect to the general part, you're not suggesting then recodification of the general part—

Mr. Kingston: You've looked at it for about 13 years and it wouldn't hurt our feelings if you looked at it for another few.

Mr. Rideout: Just a couple of quick snappers, as I say. In the fleeing felon area, have you read the Law Reform recommendation as to wording that could be used in the code? What's your position with respect to its wording as it relates to police officers? I could read it.

Mr. Kingston: Yes.

Mr. Rideout: It says:

No police officer is liable for using such force as is reasonably necessary and as is reasonable in the circumstances to arrest, recapture or prevent the escape of a suspect or offender.

Would your association find that wording acceptable? You don't have to answer that now if you want to study it a little further. I'd just like to get a handle on it.

Mr. Kingston: Bob and I met with Mr. Loiselle and we had fairly lengthy discussions on this whole area. One of the things they were looking was a specific section that dealt with prisons. They looked at the Model Penal Code that is in place in the U.S. Of course once you are sentenced and incarcerated, there is every right for the state to shoot you as you go over the wall. I think if parliamentarians wanted to put that particular law in place, they'd have some difficulty. Again, we think some of the recommendations would be appropriate, but others not. We think the recommendation that we have in place is relatively clear. We are saying that you can't use that deadly force unless you believe this person is likely to cause grievous bodily harm. It is relatively clear and fairly consistent with all the rules and regulations that are in place in provincial jurisdictions across the country.

Mr. Rideout: In a completely different vein, one of the foundations, obviously, of any criminal justice system is that the evidence brought forward is truthful. We've seen a manifestation of a large number of perjury situations dealing with Don Marshall, with Milgaard, and on and on. Do you have any suggestions in that area? One of the suggestions that's been given to me is that maybe anybody who commits perjury should be given the maximum sentence associated

[Translation]

M. Kingston: Ce n'est pas ce que nous prônons. Nous estimons, au contraire, que certains domaines devraient être modifiés dans l'immédiat. Je pense d'ailleurs que la ministre est d'accord sur ce point et qu'elle se penche déjà sur les modifications qu'il conviendrait d'apporter aux règles applicables aux opérations de surveillance, aux tests à l'ADN et, bien sûr, aux règles applicables à la capture des criminels dangereux en fuite... L'effort est déjà engagé dans ces domaines. Nous estimons que, sur ces points-là, il y a urgence.

Mme Pilon: Mais alors, vous n'êtes pas d'avis qu'une nouvelle codification de la partie générale—

M. Kingston: Vous étudiez la question depuis déjà treize ans, et nous ne serions pas chagrins si vous vouliez prolonger votre examen pendant encore quelques années.

M. Rideout: Permettez-moi quelques questions à l'emporte-pièce. En ce qui concerne les criminels dangereux en fuite, avez-vous pris connaissance du texte proposé par la Commission de réforme du droit et qui pourrait être repris dans le Code criminel? Que pensez-vous de ce qui est dit au sujet des agents de police? Puis-je vous le lire?

Mr. Kingston: Allez-y

M. Rideout: Voici ce que disait la Commission de réforme du droit:

N'est pas responsable l'agent de la paix qui emploie la force qui est raisonnablement nécessaire et qui est raisonnable dans les circonstances pour arrêter un suspect ou un contrevenant, pour empêcher sa fuite ou pour le reprendre.

Cette formulation serait-elle acceptable aux yeux de vos adhérents? Je ne vous demande pas de répondre tout de suite; peut-être voudrez-vous y réfléchir. J'aurais aimé, cela dit, voir un peu ce qu'il en était.

M. Kingston: Avec Bob, j'ai rencontré M. Loiselle et nous avons discuté de tout cela assez longuement. On a envisagé une disposition précise applicable aux prisons. À cet égard, ils se sont penchés sur le «Model Penal Code» américain. Une fois qu'un individu condamné à une peine de prison est placé dans un établissement pénitentiaire, les autorités ont le droit d'ouvrir le feu s'il tente de s'échapper. Or, on voit difficilement comment le législateur parviendrait à adopter une disposition en ce sens. S'il est vrai que certaines recommandations nous paraissent parfaitement valables, d'autres nous semblent moins indiquées. La recommandation que nous avons formulée nous paraît assez claire. Selon nous, on ne peut recourir à la force meurtrière que si l'individu en cause risque d'infliger à quelqu'un des blessures graves. Cela nous paraît assez clair et conforme avec l'ensemble des règles de droit et des règlements en vigueur dans les diverses provinces.

Mr. Rideout: Sur un autre sujet, je rappelle que toute notre justice pénale est fondée sur l'idée que les témoignages et les preuves sont véridiques. Or, aussi bien dans l'affaire Milgaard que dans l'affaire Marshall, beaucoup de gens ont commis des parjures. Que proposez-vous en ce domaine? Quelqu'un m'a dit que, d'après lui, il conviendrait d'imposer à celui qui commet un parjure une peine égale au maximum de la peine dont était possible la personne victime d'un

[Texte]

with the crime of the person who has been perjured against. I just wondered whether you had any view on perjury, because that's the fundamental flaw that occurs.

• 1125

Mr. Kingston: I have strong personal views. There is absolutely no place in the system for police officers to lie before the courts.

Mr. Rideout: I am not just saying police officers, but I'm saying anybody. When you look at section 132, which is the punishment side of it and it's a very serious offence—in fact, it refers to the death penalty, so it's a little out of date—the result of it is that in courts anybody who perjures himself is not given the maximum or anything near it. It just seems to me that—

Mr. Kingston: We're having problems in our court systems now where we have a very few unscrupulous counsel who don't act as officers of the court and have no problems with putting clients on the stand who they know are going to manufacture an excuse.

Mr. Rideout: I'm not aiming at that.

Mr. Kingston: That system is in place and it's a problem.

Mr. Rideout: Sure. That is something for the barristers society to deal with.

What I'm concerned about is a situation in which a witness—which we saw in Milgaard, which we saw in Donald Marshall, and which we see in other cases—goes on the stand and lies. Somebody ends up in jail for, in some cases, a fairly lengthy period, and the repercussions of that seem to be, well, tough, the guy lied, and so now we're going to let that person out. The person who went to jail wrongfully gets to sue the government and make all kinds of money and write a book, but the other side is that the people who lied and set up the situation seem to walk away without very serious repercussions.

I just wondered whether you have any views on that and whether we should be doing something in the code. As I say, if somebody was charged with murder and open for a sentence of 25 years, and I went and perjured myself, then maybe I should go to jail for 25 years.

Mr. Kingston: It's an interesting concept. There is certainly a section, public mischief, that isn't used nearly enough. Police officers are often faced with that. People will come in and absolutely tell lies and cause people to be charged. It goes through the system, and in some cases it's not caught. That's a terrible circumstance.

Mr. Rideout: Some police officers take it upon themselves to know that the person is really guilty, and even if they can't come up with the evidence, they'll come close.

Mr. Kingston: I would hope that our system will get better and better, to weed that sort of thing out. Where you're talking about the blue wall where everybody toes the same party line, it is not really there any more. What we

[Traduction]

parjure. Avez-vous une opinion sur ce point car c'est un peu le noeud du problème.

M. Kingston: J'ai des idées très arrêtées sur cela. Il est parfaitement inadmissible qu'un agent de police mente au tribunal.

M. Rideout: Je ne parlais pas simplement des agents de police mais en général. Vous pouvez constater, d'après l'article 132, qu'il s'agit d'une infraction très grave—cette disposition évoque même la peine de mort, donc elle n'est pas tout à fait à jour—mais il est clair que celui qui se parjure devant un tribunal ne risque pas du tout la peine maximum. J'ai donc l'impression que...

M. Kingston: Il y a un tout petit nombre d'avocats sans scrupules qui ne se comportent pas comme des auxiliaires de justice et qui n'hésitent pas à faire témoigner des gens dont ils savent qu'ils vont s'inventer de toutes pièces une excuse.

M. Rideout: Ce n'est pas de cela que je veux parler.

M. Kingston: Mais cela arrive et c'est effectivement un problème.

M. Rideout: C'est certain. Mais cela relève plutôt, à mon avis, du Barreau.

Ce dont je voudrais parler ici c'est d'un témoin—on a vu ça dans l'affaire Milgaard et aussi dans l'affaire Marshall et dans plusieurs autres affaires—d'un témoin, donc, qui fait un faux témoignage. Ce faux témoignage a pour effet de faire condamner quelqu'un à une peine de prison, des fois à une très longue peine de prison. Or, que se passe-t-il en pareil cas? Eh bien, les autorités s'aperçoivent qu'elles se sont trompées, que le témoin a menti et qu'il faut bien libérer la personne condamnée par erreur. Celle-ci va donc pouvoir intenter une action en justice contre le gouvernement, obtenir une indemnisation et rédiger ses mémoires, mais que se passe-t-il avec celui qui a menti, qui est le premier responsable de tout ce qui s'est passé? Eh bien, on a l'impression qu'il s'en tire plutôt bien.

Que pensez-vous de cet aspect-là du problème? Convient-il, d'après vous, d'introduire dans le code une disposition particulière? Si mon parjure expose quelqu'un à être condamné à 25 ans de prison pour meurtre, peut-être devrais-je me voir moi-même condamné à 25 ans de prison.

M. Kingston: L'idée est intéressante. Il y a l'infraction de méfait public, à laquelle on pourrait recourir plus souvent. Les agents de police y ont souvent affaire. En effet, il y a des gens qui vont formuler une plainte mensongère afin de faire inculper quelqu'un. La procédure suit son cours et, dans certains cas, la vérité ne se manifeste pas. Ce genre de chose est extrêmement regrettable.

M. Rideout: Certains policiers s'arrogent le droit de conclure à la culpabilité de quelqu'un et, au niveau de la preuve, s'arrangent en conséquence.

M. Kingston: J'espère qu'avec le temps nous parviendrons à complètement éliminer ce genre de chose. Le rempart bleu, tous les policiers faisant bloc, appartient au passé. Aujourd'hui, les policiers sont des gens très instruits,

[Text]

have is a highly educated police service. The average people coming into the system now have university or college educations and are individual thinkers. So you're not going to have the same concepts as we had in the past, maybe 25 or 30 years ago, where everybody stonewalled on certain cases.

Mr. Rideout: The only comforting thing is hopefully not many lawyers get into the police courses.

Exploring another slightly different concept, in the area of plea bargaining and so on, should that structure be formalized and should that be part of the Criminal Code, which recognizes plea bargaining and sets up the parameters and how it's done? Or should we just let the unofficial rules that now apply continue to apply?

Mr. Kingston: We should try anything that's going to make the system fairer. Again, we do things for the sake of expediency. We know that. To say that the same penalty is handed down in one area of the country as in another is simply not true. For the same charges, we have a wide disparity of punishments.

In some cases that's relatively appropriate. We have our First Nations, and if we go to Kenora and see the types of charges that go through the courts there and contrast them to what would happen in Ottawa for the same type of violent behaviour, we will be shocked. But we may well think that the system is performing in the way the First Nations would like it to be, because they're more lenient and understanding of the cultural differences and perhaps the alcoholism that caused the violence in the first place.

• 1130

Mr. Laporte: Who is the researcher who wrote this paper?

Mr. Kingston: He wrote this in his off-duty time. He's an Alberta crown attorney—Scott Newark. These are his own views; they are not the views of his official position. It's just that he's acting to help out the Canadian Police Association.

Mr. Laporte: But they are the views of the Canadian Police Association?

Mr. Kingston: Yes, they are. We adopt them.

Mr. Laporte: Okay.

Mr. Kingston: We intend to go much further...

Mr. Laporte: I hope you won't go too much further. He went far enough.

Mr. Kingston: It's good if you can give some sort of assurance that we don't need it, but that is what I would like to know from the chairman? Should we proceed with a clause-by-clause analysis? Would that be helpful?

The Chairman: Yes. It is a very legitimate perspective you bring, and it helps us in forming our own views. We very much appreciate your testimony here this morning and we would look forward to meeting you again after we've gotten your detailed analysis. Thank you very much.

[Translation]

la plupart ayant fait des études supérieures ou, du moins, postsecondaires qui les ont initiés à la réflexion. On ne voit donc plus, comme on le voyait parfois il y a 25 ou 30 ans, des policiers faire de l'obstruction dans certains cas.

M. Rideout: Seule chose rassurante, n'y a pas trop d'avocats, heureusement, qui cherchent à devenir policiers.

Passons maintenant à autre chose. Pensez-vous qu'il convient d'officialiser, si vous voulez, la négociation de plaidoyer, de l'inscrire au Code criminel et d'en préciser les règles? Estimez-vous, au contraire, qu'il conviendrait de s'en tenir à l'actuelle pratique informelle?

M. Kingston: Faisons tout ce qui permettrait de rendre le système plus équitable. Il est certain que le système a parfois recours aux expédients. C'est un fait que, selon la région où il est jugé, un accusé ne se verra pas imposer la même peine. Pour une même infraction, la peine varie beaucoup d'une région à l'autre.

Dans certains cas, cela est justifié. Prenez l'exemple des Premières nations. Il est certain qu'à Kenora, pour un crime avec violence, les tribunaux imposeraient une peine très différente de celle qu'imposeraient les tribunaux d'Ottawa. Mais peut-être est-ce normal et conforme à l'optique des Premières nations car il faut peut-être tenir compte des différences culturelles et aussi de l'alcoolisme qui a déclenché la violence.

M. Laporte: Qui est l'auteur de ce document?

Mr. Kingston: C'est quelqu'un qui l'a écrit en dehors de ses heures de service; il s'agit d'un procureur de la Couronne de l'Alberta, Scott Newark. Il y expose ses opinions personnelles et non les opinions de son service. Il l'a fait pour aider l'Association canadienne des policiers.

M. Laporte: Mais ce document représente bien les opinions de l'Association canadienne des policiers?

Mr. Kingston: Oui. Nous les reprenons à notre compte.

M. Laporte: Entendu.

Mr. Kingston: Nous voulons aller beaucoup plus loin...

M. Laporte: J'espère que vous n'irez pas beaucoup plus loin que cela. J'estime qu'il est déjà allé assez loin.

Mr. Kingston: J'aimerais bien être assuré que cela ne sera pas nécessaire. Pourriez-vous, monsieur le président, nous dire s'il serait utile que nous préparions une analyse article par article?

Le président: Oui. Votre point de vue est tout à fait légitime et il va sans doute influencer notre manière de voir. Nous vous remercions d'avoir comparu devant nous ce matin et nous espérons vous revoir lorsque nous aurons eu l'occasion d'examiner votre analyse détaillée du texte. Encore une fois, je vous remercie.

[Texte]

Colleagues, we won't formally adjourn at this moment. I would like to call a business meeting quickly. Maybe we'll just have a recess for five minutes and then we'll come back in camera.

[Proceedings continue in camera]

[Traduction]

Chers collègues, ne levons pas tout de suite la séance. En effet, le comité a un certain nombre de questions à régler. Peut-être pourrions-nous prendre une pause de cinq minutes et poursuivre ensuite nos délibérations à huis clos.

[La séance se poursuit à huis clos]

APPENDIX "CODE-4"

**CANADIAN POLICE ASSOCIATION
BRIEF
TO THE SUB-COMMITTEE ON THE
RECODIFICATION OF THE GENERAL PART
OF THE CRIMINAL CODE OF
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND
THE SOLICITOR GENERAL**

Appearances:

*Neal Jessop, Vice-President, CPA
Chairman of the Legislation Committee*

*James M. Kingston, Chief Executive Officer, CPA
Bob Brennan, Editor, CPA
Diane Lalonde, Administrative Secretary, CPA*



INCORPORATED 1953

CANADIAN POLICE ASSOCIATION
L'ASSOCIATION CANADIENNE DES POLICIERS



INCORPORATED 1953

TO THE SUB-COMMITTEE ON THE
RECODIFICATION OF THE GENERAL PART
OF THE CRIMINAL CODE

Chairman: Blaine Thacker

Members: Rod Laporte
George Rideout

TOWARD A
NEW GENERAL PART
FOR
THE CRIMINAL CODE OF CANADA
an analysis
June 4, 1992

**CANADIAN POLICE ASSOCIATION
BRIEF ON RECODIFICATION OF THE
GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE**

Mr Chairman:

The Framework Document on the proposed new General Part for the Criminal Code of Canada appears, fortunately, to be a discussion paper and not a road map for specific legislative amendments. While interesting reading, it lacks practical applicability in many ways and is founded on assumptions that may have academic acceptance but are by no means truth in the less genteel world of the Criminal Justice System. Essentially, in its general approach and many of its specific suggestions, it ignores the heritage and value of the common law practice of evolution of concepts and principles through the courts. Secondly, it makes a tremendously arrogant presumption that the people who populate the Criminal Justice System, Canadians, and not just members of the Law Reform Commission or the Department of Justice, are incapable of understanding language which is self-evident. Finally, it loses sight of the cardinal principal, in our view, of what a general philosophy of a State's criminal law should be, clarity and simplicity wherever possible.

What follows therefore is an overview of the document in what it proposes in a general sense and our recommendations thereto. We are in the much more lengthy process of completing a clause by clause or concept by concept analysis but that is too vast a project to be properly discussed in this brief appearance before the Committee. We will of course submit it to

the Committee and to the Department of Justice on its completion. Obviously the ramifications of amendments of such fundamental principles require extensive public consultation and discussion before implementation. It is our view however that the pressing concerns of our Criminal Justice System are in severe underfunding for police agencies, crown offices and criminal courts, a parole system that is an outright failure in protecting Canadians from repeat offenders, the ongoing human tragedy caused by drunk driving to name but a few. We view these topics of infinitely higher priority than an academic need to redefine wilfully or to codify existing defences. On this point we are confident Canadians share our priorities.

The Framework states authoritatively that a General Part should perform three intertwined functions. This presumably is the author's view of what a General Part should do as our current model in fact while less lofty does more. It may fail to "... articulate and enshrine ... underlying social values" but in our analysis it does the following:

- a) lists definitions, principles, presumptions and interpretations of the specific sections of the Criminal Code which apply to all of the Criminal Code (s.s. 2, 6(1), 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 23.1, 24, 36)
- b) states the jurisdiction of the criminal law of this country in other words over what or whom, and thereby often why, we as a society invoke our criminal law (s.s. 5, 6(2), 7, 8, 9, 13)

c) recognizes certain defences acceptable in our society to behaviour which might otherwise attract criminal sanction (s.s. 17, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45)

d) recognizes as a part of (c) the reality of mental disorder which may in appropriate circumstances eliminate criminal responsibility for behaviour otherwise criminal in nature (s.s. 16)

e) provides or recognizes the authority of the criminal courts to control their own process through the power of contempt (s.s. 9)

f) recognizes and defines the protection of persons administering and enforcing law in this country (s.s. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33)

As the above statutory reference indicates, there may well be a need for some "house cleaning" reorganization of the General Part and this presentation will address that with suggestions for such a process. We are however concerned that substantive amendments or change not take place in the name of reorganization. Indeed in describing the lack of what it calls orderly arrangements, the Framework suggests that the Criminal Code thereby is "... harder to read, less manageable for the user and less accessible to the general public".

It must be pointed out that the primary "users" of the Code are Criminal Court Judges, prosecutors, Police Officers, and lawyers hired by people

charged with crimes to get them off. We doubt there has been a significant outcry from these groups to amend Part 1 of the Code and certainly not before other more glaring defects within the Criminal Justice System are attended to. As to the complaint that the Code is harder to read, clearly that rather depends on the reader. It is our view that it is wise to resist the temptation to change for change's sake. If a reorganization of the various sections would make the Criminal Code more "accessible" or clear then obviously this is an appropriate subject for amendment.

In the Framework's explanation of why we need a General Part there is a suggestion that one of the consequences of the current parts disorganization is that "matters of public policy and often acute public controversy" are not in the Code ("created by Canada's elected Parliament") but rather are "found in centuries of case law enshrining earlier values and created by judges who were mostly English and largely working in a totally different social context".

It is our view that this sentiment underlies the entire Framework Document and is itself gravely in error. What the authors are saying in a nutshell is that they reject the entire concept of the common law. Our legal tradition is of an evolving case by case development of social values or laws or principles which are then applied to specific fact situations. To suggest that they are "found" in centuries old social principles of English judges is ridiculous. It was Canadian courts, applying modern Canadian "social values", which include the heritage of our common law, which extended self

defence to a battered wife syndrome situation R. v Lavalle (1990) 55 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.); defined and applied abuse of process R. v. Jewitt (1985) 21 C.C.C. (3d) 7 (S.C.C.), necessity Perka et al and the Queen (1984) 14 C.C.C. (3d) 385 (S.C.C.), due diligence R. v. Sault Ste. Marie (1978) 40 C.C.C. (2d) 353 (S.C.C.), to name but a few.

Secondly, it is naive in the extreme to believe that once the then Law Reform Commission through the Department of Justice "defines" a concept, principle or defence in the new General Part that thereafter there will be no judicial interpretation necessary of the revised words. Our courts don't work that way particularly in criminal law where accused people pay intelligent lawyers large sums of money to assist them in avoiding criminal responsibility for their behaviour. Amended wordings to sections of the Criminal Code simply generate more litigation. Not appreciating this reality suggests a rather basic lack of familiarity with the day-to-day experiences in the criminal courtrooms of our nation. We should not be taken as saying that this justifies making no changes whatsoever to the Code. Rather, we should have a good substantive reason, a specific shortcoming in need of correction before we invoke the process of amendment.

As well, the Framework Document suggests amendments are justified so that laws reflecting our social values, presumably in regulation of criminal behaviour, are found in legislation passed by an elected Parliament and not in court decisions. While we don't necessarily disagree philosophically, one wonders if the authors of the Framework have missed the last ten years of

criminal law in this country, with the Charter of Rights being applied and invoked daily.

Indeed the quote from Justice Dickson in the Morgentaler decision that, "Courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy.", sort of makes the point. It should of course be noted that Mr Dickson's Court then went on in Morgentaler and dictated what would occur on a complex and controversial programme of public policy.

In summary we acknowledge the need for a better organized regimen of topics within the General Part. We recommend however that to change substance or redefine it unnecessarily in the name of order is extremely unwise.

Rather than go through each of the topics enunciated as ripe for reform, which is an **enormous** task if done properly, we propose to offer an overview. Our Association will however supply the more detailed analysis and look forward to discussions with Government on each of the many issues if in the future such a massive undertaking is contemplated.

We see nothing wrong in reorganizing the current sections of the General Part in a format as discussed above. All of the primary functions of our current Part 1 could thus be maintained.

(i) **DEFINITIONS/PRINCIPLES/
PRESUMPTIONS/INTERPRETATIONS**

Currently this general category of sections are scattered throughout Part 1 and logically could be pulled together for convenience sake. As a matter of practicality, while that's being done perhaps current Section 4(6) might be amended to read "... service or notice of any document...". In the context of admissibility of documents authorized by the Criminal Code, this amendment would eliminate in many cases the redundant need for calling police

witnesses in relation to notice of documents rendered in evidence by the Crown. The real benefit here would be in time and money saved.

(ii) **JURISDICTION - TERRITORIAL AND PERSONAL**

This is a codification of the where and to whom our criminal law applies. Logically it also could be reorganized into a distinct section. It may also be that for clarity sake current Section 6(2) might be amended so as to read

"Subject to this act or any other act of Parliament no person shall be convicted or discharged under Section 736 of an offence committed wholly outside Canada".

This amendment would simply make more clear that some transactions usually commercial involving activity inside and outside of Canada remain

criminal offences within this country. To escape criminal liability other than as accepted by the Code, the action would have to have taken place entirely outside of the territorial jurisdiction of Canada.

(iii) DEFENCES

The real question here is whether to codify existing defences, some of which already are, or to leave it as it is now being a mix of statutory created defences and those "preserved" by common law. In our view either method is acceptable but if codification is chosen then great care must be taken in the definition of existing or proposed defences. As indicated above we will be submitting material on such codification as this approach must be both carefully and thoroughly analyzed before being implemented.

It is also likely that a principle stated in *R. v. Kirzner* (1977) 38 C.C.C. (2d) 131 (S.C.C.) should also remain. Specifically, that the power of the Courts to recognize new defences, codified or not, will remain, reflecting the common law as a living evolutionary process. We also think this advisable.

(iv) MENTAL DISORDER

Since the preparation of the Framework Document the mental disorder amendments have come into force recognizing the principles enunciated in *R. v. Swain* (S.C.C. May 1991). The real organizational question is whether Section 16 should remain in Part 1 at all or should be included in those

sections of the Code now contained in Part 20.1. Arguments can be made for inclusion in both locations but inasmuch as Section 16 is the fundamental statement of mental competence as a precondition to criminal responsibility it likely belongs in the General Part.

(v) CONTEMPT

Currently the general power of contempt is recognized in Section 9 of the Code. It is also indirectly referred to in Section 484 and Section 127 of the Code. Special verities of it are defined and punishment set for it in Section 605(2) (defiance of an order regarding exhibits) and Section 708 (witness failing to attend). Section 517(2) (Preliminary Inquiry proceedings), Section 539 (Bail Hearings), Section 486(5) (identification of complainant), Section 648(2) (non-sequestered jury situations), Section 276(5) (re: previous sexual conduct). These last variations contemplate a specific violation of an order of a Court which is deemed therefore to be an offence. The general power of contempt recognized in Section 9 is more broad than simply this defiance of an order of the Court outside of court and its fundamental significance was stated by Mr Justice Chouinard in *R. v. Vaillancourt* (1981) 58 C.C.C. (2d) 31 when he referred to in *Morris et al v. The Crown Office* (1970) 1 All E.R. 1079.

"The phrase 'contempt in the face of the court' has a quaint old-fashioned ring about it; but the importance of it is this: of all places where law and order must be maintained, it is here in

these courts. The courts of justice must not be deflected or interfered with. Those who strike at it strike at the very foundations of our society. To maintain law and order, the judges have, and must have, power at once to deal with those who offend against it. It is a great power - a power instantly to imprison a person without a trial - but it is a necessary power. So necessary indeed that until recently the judges exercised it without any appeal."

We wish to be understood as stressing the need for the continuation of the power of criminal courts to determine and punish for contempt in facie curiae. As expressed above how that is committed is the subject of the common law and we express reservation about its codification.

A more difficult topic is contempt ex facie curiae or out of court actions. Inasmuch as the Courts have had massive new responsibilities assigned to them via the Charter of Rights yet are not directly accountable to the public at large, great care should be taken before prohibition by contempt of out of court conduct relating to a Court's actions or decisions is made. Balanced against the need to maintain the integrity of this institution of society is the equally important need of a citizenry to know how our Criminal Justice System works or arguably in some cases doesn't work. We perceive valid competing interests the balance of which will be difficult. Our Association will submit a more lengthy analysis of this issue in the hope to contribute to a Criminal Justice System that enjoys public confidence by

allowing the public to be informed without fear of contempt findings for those who express truth.

(vi) PROTECTION OF PERSONS ACTING UNDER AUTHORITY OF LAW

In May of 1992 our Association submitted briefs to the Government on this topic as it specifically pertains to peace officers employing force. They remain our position on this important issue. Part 1 of the Code contains other provisions which extend beyond peace officers and it is our view that these should remain in the General Part. Some of the specific authorizations (s.s. 38-45) will be addressed in the materials to be submitted dealing with a topical analysis of the Framework Document.

(vii) PREAMBLE

In material accompanying the Framework Document, it has been suggested that inclusion of a preamble be considered for a "new" Part 1. In deciding this it should be remembered that **preambles can** be considered by Courts in considering sections of a statute like the Criminal Code if the Court finds the statute unclear. It is without doubt in our view that people seeking to avoid criminal responsibility will argue sections which impose criminal sanction for their behaviour are "unclear" and require guidance from a preamble. Anyone who doubt this should spend some time in a criminal courtroom in this country. Given that **preambles, including the ones**

suggested, are generally fairly lofty statements of abstract principle or sentiment or best wishes (otherwise they wouldn't be preambles they'd be sections of the Act) it is far from desirable to potentially have a criminal law and procedure interpreted or modified in their light.

Secondly, all criminal law and procedure must meet the standards of our "supreme law" including of course the Charter of Rights and Freedoms. We see nothing to gain whatever therefore of including a preamble such as suggested to the General Part.

A final point should be made on this topic and on the Framework Document as a whole. It is specifically aimed at anti-social behaviour which is contrary to our accepted and defined principles. Clarity and certainty are among its greatest attributes in defining what constitutes unacceptable behaviour. This is so not just for the intellectual comfort of academics but also because it is more likely to deter people inclined to commit crimes. The protection of the public that results from that is of course the very purpose of the Criminal Code in its entirety.

APPENDICE «CODE-4»(TRADUCTION)

L'ASSOCIATION CANADIENNE DES POLICIERS
MÉMOIRE
PRÉSENTÉ AU SOUS-COMITÉ
SUR LA RECODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE
DU CODE CRIMINEL
DU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET
DU SOLICITEUR GÉNÉRAL

Témoins :

Neal Jessop, vice-président, ACP
président du Comité de la législation

James M. Kingston, directeur général, ACP
Bob Brennan, éditeur, ACP
Diane Lalonde, secrétaire d'administration, ACP



CANADIAN POLICE ASSOCIATION

INCORPORATED 1953



INCORPORÉE EN 1953

L'ASSOCIATION CANADIENNE DES POLICIERS

À L'INTENTION DU SOUS-COMITÉ

SUR LA RECODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE
DU CODE CRIMINEL

Président : Blaine Thacker

Membres : Rod Laporte

George Rideout

EN VUE D'UNE
NOUVELLE PARTIE GÉNÉRALE
POUR
LE CODE CRIMINEL DU CANADA
une analyse
le 4 juin 1992

L'ASSOCIATION CANADIENNE DES POLICIERS

MÉMOIRE SUR LA RECODIFICATION DE LA

PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL

Monsieur le président,

Le document-cadre sur la nouvelle Partie générale proposée pour le Code criminel du Canada semble, heureusement, être un simple document de travail et non le plan de modifications législatives spécifiques. Bien que de lecture intéressante, il est inapplicable à bien des égards et repose sur des hypothèses qui sont peut-être acceptables dans les milieux universitaires, mais qui ne sont absolument pas conformes à la réalité du monde moins distingué du système de justice pénale. D'abord et avant tout, dans sa démarche générale et dans nombre de ses propositions spécifiques, il ne tient aucun compte du patrimoine et de la richesse que constitue l'évolution des notions et des principes dans les tribunaux qui caractérise la *common law*. Ensuite, il avance l'hypothèse extrêmement arrogante que les gens qui évoluent dans le système de justice pénale, que les Canadiens, et non seulement les membres de la Commission de réforme du droit ou les fonctionnaires du ministère de la Justice, sont incapables de saisir un langage évident. Enfin, il fait fi du principe cardinal qui gouverne, à notre avis, toute idéologie générale concernant le droit criminel d'un État, à savoir qu'il faut viser la plus grande clarté et la plus grande simplicité possibles.

Voici donc un aperçu des propositions générales contenues dans le document et recommandations à cet égard. Nous sommes en train de mettre

au point une longue analyse article par article ou notion par notion, mais l'entreprise est beaucoup trop vaste pour être correctement exposée dans cette brève comparution devant le comité. Nous en soumettrons évidemment les résultats au comité et au ministère de la Justice. Compte tenu de leurs répercussions, des modifications de principes aussi fondamentaux doivent faire l'objet de nombreuses consultations publiques et d'un débat public approfondi avant d'être mises en vigueur. Toutefois, nous estimons que les préoccupations pressantes de notre système de justice pénale résident dans le financement nettement insuffisant des services de police, des bureaux de la Couronne et des tribunaux correctionnels, un système de libération conditionnelle qui n'arrive pas à protéger correctement les Canadiens contre les récidivistes, et la tragédie humaine constante qu'entraîne la conduite en état d'ébriété, pour n'en nommer que quelques-unes. Nous considérons ces problèmes comme infiniment plus urgents que le besoin théorique de redéfinir de façon délibérée ou de codifier les moyens de défense existants. À cet égard, nous sommes persuadés que les Canadiens partagent notre ordre de priorités.

Dans le document-cadre, on déclare d'autorité qu'une Partie générale devrait remplir trois fonctions intimement liées. Cela reflète probablement l'opinion de l'auteur, mais notre modèle actuel, quoique moins éthétré, va plus loin. Il n'arrive peut-être pas à "... articuler et enchâsser ... les valeurs sociales sous-jacentes" mais, selon notre analyse, une Partie générale :

a) énumère les définitions, principes, hypothèses et interprétations d'articles précis du Code criminel qui s'appliquent au

Code criminel dans son ensemble (art. 2, 6(1), 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 23.1, 24, 36)

b) cerne la portée de la loi criminelle du Canada ou, autrement dit, établit les qui, quoi, et partant souvent pourquoi, qui font que nous en tant que société invoquons notre loi criminelle (art. 5, 6(2), 7, 8, 9, 13)

c) reconnaît certaines excuses acceptables dans notre société pour une conduite qui pourrait autrement entraîner des sanctions criminelles (art. 17, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45)

d) reconnaît, dans le cadre du paragraphe c), que des troubles mentaux peuvent selon le cas dégager de toute responsabilité criminelle pour une conduite de nature criminelle (art. 16)

e) confère ou reconnaît le pouvoir des tribunaux correctionnels de maîtriser leurs travaux en imposant une peine pour outrage au tribunal (art. 9)

f) reconnaît et définit la protection des personnes qui administrent et appliquent la loi dans notre pays (art. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33).

Comme l'indiquent les renvois statutaires susmentionnés, une réorganisation globale de la Partie générale s'impose peut-être et le

présent exposé vise à offrir des propositions en ce sens. Toutefois, il ne faut pas que des modifications ou des changements de fond soient apportés au nom d'une telle réorganisation. En fait, on laisse entendre dans le document-cadre que, faute d'une disposition ordonnée, le Code criminel est difficile à consulter et à utiliser et peu accessible à la population en général.

Il faut signaler que les principaux utilisateurs du Code sont les juges des tribunaux correctionnels, les procureurs, les agents de police et les avocats que les personnes accusées de délits criminels chargent de les défendre. Nous doutons que ces groupes aient particulièrement réclamé que la Partie I du Code criminel soit modifiée et certainement pas avant que l'on ait comblé d'autres lacunes vraiment flagrantes du système de justice pénale. Quant à dire que le Code criminel est difficile à consulter, cela dépend manifestement de la personne qui le consulte. Nous sommes d'avis qu'il est sage de résister à la tentation de changer pour changer. Si une réorganisation de ses divers articles contribuerait à rendre le Code criminel plus "accessible" ou plus clair, il est manifestement opportun de procéder à une telle réorganisation.

On laisse entendre dans le document-cadre, comme justification de l'existence d'une Partie générale, que l'une des conséquences de l'actuelle désorganisation des diverses parties, c'est que les questions intéressant la politique publique et suscitant souvent une vive controverse ne figurent pas dans le Code (créé par le Parlement élu du Canada), mais se trouvent plutôt dans une jurisprudence plusieurs fois séculaire qui traduit des valeurs anciennes et qui a été établie par des

juges principalement anglais travaillant pour la plupart dans un contexte social complètement différent.

Nous sommes d'avis que ce sentiment qui imprègne tout le document-cadre constitue en soi une grave erreur. Ce que se trouvent à faire les auteurs, en somme, c'est rejeter toute la notion de la *common law*. Notre tradition juridique repose sur l'établissement au cas par cas de valeurs sociales, de lois ou de principes qui sont ensuite appliqués à des situations spécifiques. Il est ridicule de laisser entendre qu'elle réside dans les principes sociaux plusieurs fois séculaires de juges anglais. Ce sont des tribunaux canadiens appliquant des valeurs sociales modernes du Canada, dont le patrimoine que constitue notre *common law*, qui ont étendu le principe de l'auto-défense au syndrome de la femme battue (*R. c. Lavalle* (1990) 55 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.)) et qui ont défini et sanctionné l'abus de procédure (*R. c. Jewitt* (1985) 21 C.C.C. (3d) 7 (C.S.C.)), l'état de nécessité (Perka et autres et la Reine (1984) 14 C.C.C. (3d) 385 (C.S.C.)), et la diligence raisonnable (*R. c. Sault-Ste-Marie* (1978) 40 C.C.C. (2d) 353 (C.S.C.)), pour ne citer que quelques cas.

Ensuite, il faut être extrêmement naïf pour croire qu'une fois que l'ancienne Commission de réforme du droit a défini, par l'entremise du ministère de la Justice, une notion, un principe ou un moyen de défense dans la nouvelle Partie générale, toute interprétation judiciaire des nouvelles dispositions se révèle désormais inutile. Nos tribunaux ne fonctionnent pas de cette manière, surtout pas en droit criminel où des accusés versent d'importantes sommes d'argent à des avocats intelligents

pour les aider à se dégager de toute responsabilité criminelle. En changeant le libellé d'articles du Code criminel, on ne fait en général que susciter davantage de litiges. Si l'on ne comprend pas cette réalité, c'est qu'on ne sait vraiment pas ce qui se passe tous les jours dans les salles de tribunal de notre pays. Nous ne voulons pas dire par là qu'il ne faut apporter aucune modification au Code, mais bien qu'on doit avoir une bonne raison de le faire, qu'on doit corriger une lacune précise.

En outre, le document-cadre laisse entendre que des modifications s'imposent pour que nos valeurs sociales se reflètent dans les lois, visant vraisemblablement à régir la conduite criminelle, qu'adopte un Parlement élu et non dans les jugements des tribunaux. Nous n'en disconvenons pas forcément, en théorie, mais on se demande si les auteurs du document-cadre ont suivi l'évolution du droit criminel, ces dix dernières années, au Canada, où il ne se passe pas un jour sans que la Charte des droits soit invoquée et appliquée.

En fait, cela ressort bien de ce qu'a dit le juge Dickson dans le jugement Morgentaler, à savoir que les tribunaux ne sont pas une tribune opportune pour articuler des programmes de politique publique complexes et sujets à controverse. Il n'en demeure pas moins, bien sûr, que, dans l'affaire Morgentaler, le tribunal de M. Dickson a ensuite prescrit ce qu'entraînerait un programme de politique publique complexe et sujet à controverse.

Bref, nous reconnaissions qu'une réorganisation des sujets de la Partie générale s'impose. Toutefois, nous estimons qu'il ne serait pas sage du tout de modifier ou de redéfinir inutilement la substance de cette partie au nom de cette réorganisation.

Plutôt que de passer en revue tous les sujets que devrait toucher la réforme, ce qui constitue une tâche **énorme** si on le fait correctement, nous préférions en offrir un aperçu, une vue d'ensemble. Toutefois, notre association se fera un plaisir de fournir une analyse plus détaillée des nombreux sujets et d'en discuter avec le gouvernement si l'on envisage de se lancer un jour dans une entreprise d'une telle envergure.

Nous ne voyons aucune objection à ce qu'on réorganise les articles actuels de la Partie générale de la façon exposée plus avant. Toutes les fonctions premières de l'actuelle Partie I pourraient ainsi être retenues.

i) DÉFINITIONS/PRINCIPES/

HYPOTHÈSES/INTERPRÉTATIONS

Les articles qui entrent dans cette catégorie générale sont pour le moment dispersés dans toute la Partie I et pourraient logiquement être réunis par souci de commodité. Pendant qu'on y sera et pour des raisons pratiques, on pourrait peut-être modifier l'actuel paragraphe 4(6) de façon qu'il se lise notamment comme ceci : «... tout document ou avis de dépôt de document...». Dans le contexte de l'admissibilité des documents autorisés par le Code criminel, cette modification éviterait

dans bien des cas de convoquer inutilement des témoins de la police en rapport avec des avis de dépôt de documents cités dans la preuve de la Couronne. Elle ferait surtout épargner temps et argent.

(ii) PORTÉE - QUANT AU TERRITOIRE ET AUX PERSONNES

Il s'agit ici des articles qui précisent où et à qui s'applique notre loi pénale. Logiquement, ils pourraient aussi faire l'objet d'une section distincte. Pour plus de clarté, on pourrait aussi modifier l'actuel paragraphe 6(2) de telle sorte qu'il se lise comme ceci :

«Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise entièrement à l'étranger ou absous en vertu de l'article 736 à l'égard de celle-ci.»

Cette modification permettrait simplement d'établir de façon claire que certaines transactions, habituellement commerciales, qui se déroulent à la fois au Canada et à l'étranger demeurent des délits criminels au Canada. Pour échapper à la loi autrement que ne le prévoit le Code, le délit devrait être commis entièrement à l'extérieur de la compétence territoriale du Canada.

(iii) MOYENS DE DÉFENSE

La question est vraiment ici de savoir s'il faut codifier les moyens de défense existants, dont certains figurent déjà dans le Code, ou laisser

les choses telles qu'elles sont à l'heure actuelle, c'est-à-dire garder un mélange de moyens de défense prévus par la loi et de moyens de défense "protégés" par la *common law*. À notre avis, l'une ou l'autre procédés sont acceptables, mais si l'on opte pour la codification, il faudra faire bien attention de définir les moyens de défenses existants ou proposés. Comme mentionné plus haut, nous allons soumettre un document sur une telle codification, cette démarche devant être analysée soigneusement et à fond avant d'être mise en oeuvre.

Un principe énoncé dans R. c. Kirzner (1977) 38 C.C.C. (2d) 131 (C.S.C.) devrait probablement prévaloir aussi, à savoir que le pouvoir des tribunaux de reconnaître de nouveaux moyens de défense, codifiés ou non, demeure, conformément au processus en constante évolution de la *common law*. Nous le croyons aussi souhaitable.

(iv) TROUBLES MENTAUX

Depuis que le document-cadre a été rédigé, sont entrées en vigueur les modifications concernant les troubles mentaux qui reconnaissent les principes énoncés dans R. c. Swain (C.S.C. mai 1991). La véritable question qui se pose dans le cadre d'une réorganisation, c'est de savoir si l'article 16 doit rester dans la Partie I ou être assimilé aux articles maintenant contenus dans la Partie 20.1 du Code. Les deux options se justifient mais, comme l'article 16 établit fondamentalement que la compétence mentale est un préalable à la responsabilité criminelle, il relève probablement de la Partie I.

(v) OUTRAGE

Le pouvoir général d'imposer une peine pour outrage est actuellement reconnu dans l'article 9 du Code. Il en est aussi indirectement question aux articles 484 et 127. Des aspects spéciaux et les peines sont prévus aux paragraphe et articles suivants : 605(2) (désobéissance à une ordonnance de communication de pièces), 708 (témoin qui omet de comparaître), 517(2) (déroulement de l'enquête préliminaire), 539 (audiences relatives aux cautionnements), 486(5) (diffusion de l'identité du plaignant), 648(2) (situations où le jury n'est pas séquestré), 276(5) (comportement sexuel passé). Dans les six derniers cas, il est question de violation spécifique d'une ordonnance du tribunal et partant, d'un délit. Le pouvoir général d'imposer une peine pour outrage tel que reconnu à l'article 9 vise plus que cette simple contravention d'une ordonnance du tribunal survenue à l'extérieur de celui-ci, et son importance fondamentale a été soulignée par M. le juge Chouinard dans R. c. Vaillancourt (1981) 58 C.C.C. (2d) 31 lorsqu'il a renvoyé à Morris et autres c. le Bureau de la Couronne (1970) 1 All E.R. 1079 :

"L'expression "outrage commis en présence du tribunal" dégage une aura antique et surannée, mais elle a son importance : s'il y a un endroit où la loi et l'ordre doivent être respectés, c'est bien ici, devant les tribunaux. Le cours de la justice ne doit pas subir de déviation ni d'ingérence. Qui l'attaque, attaque le fondement même de notre société. Pour faire respecter la loi et l'ordre, les juges ont, et doivent avoir, le pouvoir de s'occuper

immédiatement de ceux qui s'y attaquent. C'est un pouvoir considérable — d'emprisonner sur-le-champ une personne sans procès — mais c'est un pouvoir nécessaire. Tellement nécessaire en fait que, récemment encore, les juges l'exerçaient sans qu'il y ait droit d'appel.⁷

Nous tenons à ce que l'on comprenne bien que nous estimons nécessaire que les tribunaux correctionnels gardent le pouvoir de déterminer et de punir l'outrage *in facie curiae*. Comme on l'a exprimé plus avant, les modalités d'application de ce pouvoir relèvent de la *common law* et nous nourrissons des réserves quant à la codification de celle-ci.

L'outrage *ex facie curiae* où hors cour est un sujet plus difficile. Étant donné que les tribunaux se sont vu confier d'énormes responsabilités nouvelles avec la Charte des droits sans être pour autant directement responsables devant la population en général, une grande prudence est de rigueur avant d'interdire toute conduite comme relevant de l'outrage hors cour au regard des délibérations ou des décisions d'un tribunal. Il faut assurer un équilibre entre la nécessité de préserver l'intégrité de cette institution de notre société et la nécessité toute aussi importante qu'une population sache comment notre système de justice pénale fonctionne ou, pourrait-on soutenir dans certains cas, ne fonctionne pas. Nous voyons là des intérêts contradictoires, mais tout aussi valables l'un que l'autre et entre lesquels il sera difficile de maintenir un équilibre. Notre association va soumettre une analyse plus approfondie de cette question dans l'espoir de contribuer à l'établissement d'un système de justice pénale

qui mérite la confiance de la population en permettant que l'on dise la vérité à la population sans craindre d'être accusé d'outrage au tribunal.

(vi) PROTECTION DES PERSONNES QUI AGISSENT EN VERTU DES POUVOIRS
QUE LEUR CONFÈRE LA LOI

En mai 1992, notre association a soumis des mémoires au gouvernement sur ce sujet et plus particulièrement en ce qui concerne le recours à la force par des agents de la paix. Notre position sur cette importante question n'a pas changé depuis. La Partie I du Code contient des dispositions qui s'appliquent à d'autres personnes que les agents de la paix et nous estimons qu'elles devraient rester dans la Partie générale. Certaines des autorisations spécifiques (art. 38 à 45) seront examinées dans les documents à venir sur une analyse plus spécialisée du document-cadre.

(vii) PRÉAMBULE

Dans la documentation qui accompagne le document-cadre, on propose de prévoir un préambule à la "nouvelle" Partie I. Avant de prendre une décision à cet égard, il faudrait se rappeler que les préambules peuvent être pris en compte par les tribunaux dans l'examen des articles d'un statut comme le Code criminel si celui-ci ne leur semble pas clair. Il ne fait aucun doute dans notre esprit que les gens qui cherchent à éviter d'être tenus criminellement responsables soutiendront que les articles qui prévoient des sanctions criminelles pour leur conduite ne

sont "pas claires" et doivent être interprétées à la lumière d'un préambule. Il suffit pour s'en convaincre de passer quelque temps dans une salle de tribunal au Canada. Étant donné que les préambules, y compris les préambules proposés, sont en général des déclarations plutôt éthérées de principes, de sentiments ou de voeux abstraits (autrement, il ne s'agirait pas de préambules, mais bien d'articles de la loi), il est fort peu souhaitable qu'une loi et une procédure pénales soient interprétées ou modifiées en fonction d'eux.

En outre, toute loi et toute procédure pénales doivent satisfaire aux normes de notre "loi fondamentale", y compris, bien sûr, de la Charte des droits et des libertés. Nous ne voyons donc aucun avantage à ajouter, comme proposé, un préambule à la Partie générale.

Une dernière précision s'impose à ce sujet et au sujet du document-cadre dans son ensemble. Celui-ci concerne spécifiquement la conduite antisociale qui est contraire à nos principes reconnus et définis. La clarté et la précision dans la définition de ce qui constitue une conduite inacceptable sont parmi ses plus grandes qualités. Il ne s'agit pas seulement de simplifier la vie des théoriciens, mais aussi de dissuader les criminels potentiels de commettre des crimes. La protection de la population qui en résulte est évidemment l'objectif même du Code criminel dans son ensemble.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

K1A 0S9
Ottawa

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

WITNESSES

From the Canadian Police Association:

James Kingston, Chief Executive Officer;
Robert Brennan, Editor.

TÉMOINS

De l'Association canadienne des policiers:

James Kingston, directeur exécutif;
Robert Brennan, éditeur.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

671
XC 33
J91



HOUSE OF COMMONS

Issue No. 4

Tuesday, June 16, 1992

Chairperson: Blaine Thacker

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 4

Le mardi 16 juin 1992

Président: Blaine Thacker

*Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-Committee
on the*

Recodification of the General Part of the Criminal Code

*of the Standing Committee on Justice and the Solicitor
General*

Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur la

Recodification de la Partie générale du Code criminel

du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général

RESPECTING:

Pursuant to Standing Order 108(1)(a) and (b) and the Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee to the Sub-Committee, consideration of the recodification of the General Part of the *Criminal Code*

CONCERNANT:

Conformément à l'article 108(1)a) et b) du Règlement et de l'Ordre de renvoi du Comité permanent du 13 juin 1991 au Sous-comité, considération de la recodification de la partie générale du *Code criminel*

WITNESSES:

(See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Third Session of the Thirty-fourth Parliament,
1991-92

Troisième session de la trente-quatrième législature,
1991-1992

SUB-COMMITTEE ON THE RECODIFICATION OF
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF
THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE
SOLICITOR GENERAL

Chairperson: Blaine Thacker

Members

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Richard Dupuis

Clerk of the Sub-Committee

SOUS-COMITÉ SUR LA RECODIFICATION DE LA
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU
COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU
SOLICITEUR GÉNÉRAL

Président: Blaine Thacker

Membres

George Rideout
Rod Laporte—(3)

(Quorum 2)

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

Published under authority of the Speaker of the
House of Commons by the Queen's Printer for Canada.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

Publié en conformité de l'autorité du Président de la Chambre
des communes par l'Imprimeur de la Reine pour le Canada.

En vente: Groupe Communication Canada -- Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

MINUTES OF PROCEEDINGS

TUESDAY, JUNE 16, 1992

(8)

[Text]

The Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code met at 3:37 o'clock p.m. this day, in Room 308, West Block, the Chairman, Blaine Thacker, presiding.

Members of the Sub-Committee present: Rod Laporte, George Rideout and Blaine Thacker.

In attendance: From the Research Branch of the Library of Parliament: Philip Rosen, Senior Analyst and Marilyn Pilon, Research Officer.

Witnesses: From the "Barreau du Québec": Me Louise Viau, President of the Committee concerning a new Codification of the General Part of the Criminal Code; Me Josée-Anne Simard, Research Director. From METRAC (Metro Action Committee on Public Violence against Women and Children): N. Jane Pepino, President; Susan McCree Vander Voet, Executive Director.

The Sub-Committee resumed consideration of its Order of Reference of June 13, 1991 of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General to the Sub-Committee. (See *Minutes of Proceedings and Evidence, dated Wednesday, March 25, 1992, Issue No. 1*).

Me Marie-Josée Simard and Me Louise Viau each made an opening statement and answered questions.

In accordance with an order adopted on Wednesday, March 25, 1992, the Chairman authorized that the brief presented to the Sub-Committee by the "Barreau du Québec" be printed as an appendix to this day's *Minutes of Proceedings and Evidence*. (See Appendix "CODE-5").

N. Jane Pepino made an opening statement and with Susan McCree Vander Voet answered questions.

At 5:35 o'clock p.m., the Sub-Committee adjourned to the call of the Chair.

Richard Dupuis

*Clerk of the Sub-Committee***PROCÈS-VERBAL**

LE MARDI 16 JUIN 1992

(8)

[Traduction]

Le Sous-comité sur la recodification de la partie générale du Code criminel du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, se réunit à 15 h 37, dans la salle 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Blaine Thacker (président).

Membres du Sous-comité présents: Rod Laporte, George Rideout et Blaine Thacker.

Aussi présents: Du Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement: Philip Rosen, analyste principal; Marilyn Pilon, attachée de recherche.

Témoins: Du Barreau du Québec: Louise Viau, présidente du Comité de la nouvelle codification de la partie générale du Code criminel; Josée-Anne Simard, directrice de la recherche. De METRAC (Metro Action Committee on Public Violence against Women and Children): N. Jane Pepino, présidente; Susan McCree Vander Voet, directrice exécutive.

Le Sous-comité reprend les travaux prévus à son ordre de renvoi du jeudi 13 juin 1991 reçu du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général. (Voir les Procès-verbaux et témoignages du mercredi 25 mars 1992, fascicule n° 1).

Marie-Josée Simard et Louise Viau font chacune un exposé et répondent aux questions.

Suivant l'ordre adopté le mercredi 25 mars 1992, le président permet que le mémoire présenté par le Barreau du Québec, figure en annexe aux Procès-verbaux et témoignages d'aujourd'hui. (Voir Appendice «CODE-5»).

N. Jane Pepino fait un exposé puis, avec Susan McCree Vander Voet, répond aux questions.

À 17 h 35, le Sous-comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation du président.

Le greffier du Sous-comité

Richard Dupuis

[Text]

EVIDENCE

[Recorded by Electronic Apparatus]

Tuesday, June 16, 1992

• 1536

The Chairman: I call the meeting to order of the Sub-Committee of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General on the Recodification of the General Part of the Criminal Code.

Colleagues, we're privileged to have, from the Barreau du Québec, Me Louise Viau and Me Josée-Anne Simard. Thank you very much for coming. There are only three of us on the committee. Mr. Rideout will be along very shortly. If you wouldn't mind making your presentation, then we'll go to questions.

Me Josée-Anne Simard (directrice de la recherche, Barreau du Québec): Merci. Monsieur le président, messieurs les membres du Sous-comité, mesdames et messieurs.

Au nom du Barreau du Québec, nous vous remercions de nous recevoir en audience afin de commenter le contenu d'un document de consultation intitulé «Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada».

Comme vous le savez, le Barreau du Québec est la corporation professionnelle qui régit la conduite des 15,000 avocats et avocates du Québec. Ceux-ci doivent obligatoirement sous peine de sanctions y adhérer pour pratiquer le droit.

C'est à la lumière du mandat général alloué par le biais du Code des professions, qui a pour mandat de protéger le public, qu'il faut interpréter la démarche du Barreau en regard de l'étude du document de consultation.

Le Barreau du Québec est heureux d'être présent ici aujourd'hui afin de vous faire part de ses réflexions et souhaite que la nouvelle codification voit le jour dans un avenir rapproché. Il souhaite d'ailleurs, lorsque le moment sera venu, étudier tout projet de loi qui sera issu de ce processus de consultation.

Sans plus tarder, je cède la parole à ma collègue et présidente du Comité permanent en droit criminel du Barreau du Québec, Me Louise Viau.

Me Louise Viau (présidente du Comité concernant une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel, Barreau du Québec): Merci, Maître Simard.

Monsieur le président, membres du Comité, mesdames et messieurs, c'est avec fierté que je suis devant vous cet après-midi pour vous présenter ce mémoire du Barreau du Québec qui est un mémoire qui reflète un consensus au sein de la profession au Québec, en ceci que les membres du Comité proviennent à part à peu près égale de la pratique en droit pénal—que ce soit du côté de la défense ou du côté de la Couronne—à laquelle s'ajoutent deux théoriciens, ou enfin deux personnes qui sont un petit peu plus éloignées de la pratique quotidienne du droit pénal, Me François Handfield et moi-même.

[Translation]

TÉMOIGNAGES

[Enregistrement électronique]

Le mardi 16 juin 1992

Le président: Je déclare ouverte cette séance du sous-comité du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général sur la recodification de la partie générale du Code criminel.

Collègues, nous avons le privilège d'accueillir aujourd'hui maître Louise Viau et maître Josée-Anne Simard du Barreau du Québec. Merci beaucoup d'être venues. Ce comité ne compte que trois membres. M. Rideout sera ici peu. Si vous n'y voyez aucun inconvénient, vous pourriez nous présenter votre exposé et nous passerons ensuite aux questions.

Ms Josée-Anne Simard (Research Director, Barreau du Québec): Thank you. Mr. Chairman, members of the Subcommittee, ladies and gentlemen.

On behalf of the Barreau du Québec, we would like to thank you for letting us appear to comment on the content of a consultation paper entitled "Towards a New Codification of the General Part of the Criminal Code of Canada".

As you know, the Barreau du Québec is the professional association that governs the activities of the 15,000 lawyers in Quebec. They must be members of our organization to practice law, otherwise action is taken against them.

The Barreau's study of the consultation paper must be viewed in the context of its mandate, as determined pursuant to the Professional Code, namely to protect the public.

The Barreau du Québec is pleased to appear today to inform you of its views and hope the Criminal Code will be recodified in the very near future. Moreover, when the time comes, we would like to study any bill resulting from this consultation process.

Without any further ado, I would like to give the floor to my colleague and Chairperson of the Standing Committee on Criminal Law of the Barreau du Québec, Ms Louise Viau.

Ms Louise Viau (President of the Committee on a New Codification of the General Part of the Criminal Code, Barreau du Québec): Thank you, Ms Simard.

Mr. Chairman, members of the Committee, ladies and gentlemen, I am proud to appear before you this afternoon to present this brief prepared by the Barreau du Québec, which reflects the views of a cross-section of criminal lawyers in Quebec, in that the Committee has nearly an equal number of defence lawyers and Crown prosecutors, as well as two theoreticians, or let us say two people who are a little more removed from the daily practice of criminal law, Mr. François Handfield and myself.

[Texte]

Pour le reste des membres du Comité, c'est vraiment une représentation à peu près égale de la Couronne et de la défense et le mémoire que nous vous présentons aujourd'hui est le fruit d'une longue réflexion et d'un consensus obtenu au sein du Barreau du Québec, ce qui pour nous était un exercice extrêmement important.

Je dois vous dire que la chose ne nous a pas été facilitée par le document de consultation à partir duquel nous avions à travailler, et je tiens à le dire parce qu'au Québec, ou enfin les juristes francophones, nous sommes souvent désavantagés quand vient le moment d'étudier des questions qui relèvent du droit fédéral et particulièrement dans le domaine du droit pénal.

Nous avons rencontré des difficultés, notamment parce que le document de consultation, dans sa version française, comportait des inexactitudes par rapport au document anglais, que ce soit au niveau du vocabulaire employé ou au niveau d'une concordance des questions par rapport au texte. Ce fut donc une première difficulté. Lorsque nous avons eu en mains la version anglaise, nous avons pu travailler plus facilement.

● 1540

Je tiens à souligner cette difficulté parce qu'on m'a remis la version anglaise de notre mémoire et que je constate que cette même difficulté est présente dans notre mémoire. Certains termes sont du vocabulaire consacré de la langue anglaise et certains termes sont consacrés dans la langue française. Lorsqu'est venu le moment pour les traducteurs de traduire notre mémoire, eh bien, le vocabulaire français a été traduit par un langage qui est peut-être correct dans la langue anglaise courante, mais qui ne reflète pas la langue juridique. Je suis convaincue que notre mémoire aura sans doute été plus difficile à lire dans sa version anglais qu'il ne l'était dans sa version française, et je le déplore.

Ces préliminaires étant faits, j'aimerais vous présenter le contenu de ce mémoire et vous faire part des commentaires généraux qu'il comporte avant de passer à certaines questions spécifiques.

Je vous ai déjà parlé des difficultés que comportait pour nous l'étude de ce document de consultation. Me Simard vous a indiqué que nous serions heureux de travailler à partir d'un projet de loi. Nous espérons avoir un projet de loi dans les meilleurs délais. Discuter de la codification du droit pénal à partir d'un document comme celui-ci, où il y a plusieurs idées de codification et plusieurs suggestions relativement à tous et chacun des thèmes qui sont abordés, ne nous permet pas d'avoir une vision d'ensemble et de comprendre véritablement quelles seront les orientations qui seront prises par les législateurs, lesquelles orientations seront très importantes.

Si nous avons consacré autant de temps à nos commentaires généraux et peut-être un peu moins de temps à l'étude des questions spécifiques, c'est qu'il nous semblait vraiment important d'arriver devant vous en vous disant quelle est l'impression générale des avocats québécois face à l'idée même de la codification. Sommes-nous en faveur d'une codification des principes généraux ou, au contraire, préférions-nous maintenir la situation actuelle, qui laisse une large place à la créativité judiciaire?

[Traduction]

As for the remaining members of the Committee, the Crown and the defence have nearly equal representation. The brief we are presenting today is the result of a great deal of reflection and a consensus reached by the Barreau du Québec, and this process was extremely important for us.

May I point out that our task was not made any easier by the consultation paper we had to work with. I must stress that point because in Quebec, at least as far as the francophone jurists are concerned, we are often at a disadvantage when studying matters of federal law, especially as regards criminal law.

We have encountered difficulties, especially because there were discrepancies between the French version of the consultation paper and the English version, either as regards the terminology used or with respect to the issues themselves. So that was the first problem. When we did get hold of the English version, our task was made easier.

I wish to emphasize that problem because I was given the English version of our brief and I see the same problem arising. Some terms are established English phrases while others are accepted French expressions. When the translators translated our brief, well, the French terminology was translated into a language which may have been correct for everyday speech, but it was not translated into accepted legal usage. I am convinced the English version of our brief was more difficult to read than the French version, and very much regret that.

Having made those preliminary remarks, I would like to present the content of our brief and point out the general comments in it before dealing with specific issues.

I have already mentioned the difficulties we encountered when studying this consultation paper. Ms. Simard indicated we would be pleased to work on the basis of a bill. We hope to see one shortly. Using a document like this one as a basis for discussing the codification of criminal law, a document which contains several ideas on codification and suggestions on every issue addressed, does not give us the total picture or allow us to fully comprehend the approach to be taken by Parliament, which is a very important matter.

We spent a great deal of time on our general comments and perhaps a little less studying specific issues because we felt it was very important to appear before you to tell you what Quebec lawyers generally feel about the very idea of codification. Are we in favour of codifying the general principles or would we prefer to maintain the status quo, which leaves a lot of room for legal creativity?

[Text]

Il faut dire qu'au niveau de la codification du droit pénal, on a depuis fort longtemps un Code. Notre Code aura bientôt 100 ans. C'est vraiment le moment privilégié pour revoir ce monument. En fait, notre Code n'a peut-être les qualités de code que par son nom, et non pas par son contenu, en ceci que les principes généraux de la responsabilité pénale sont, pour la plupart, absents de ce Code. Ce n'est donc pas un code tel que nous l'entendons dans la tradition civiliste.

Doit-on se réjouir ou, au contraire, se désoler du maintien des principes de *common law* consacrés par les articles 8 et 9 du Code criminel actuel? Nous avons beaucoup réfléchi à cette question et nous en sommes arrivés à la conclusion qu'en fait, cela traduit une certaine abdication de la part du Parlement face aux tribunaux, à qui il laisse «le soin et la responsabilité de faire évoluer le droit et de l'adapter aux situations nouvelles résultant des transformations sociales». Le Barreau du Québec croit qu'il serait plus démocratique que le Parlement exerce pleinement sa compétence en matière de droit criminel et édicte non seulement les conduites qu'il entend prohiber, mais également les conditions de la responsabilité pénale et les moyens de justification et d'excuse qu'il autorise pour la disculpation du contrevenant. Non seulement une telle codification peut se justifier pour des raisons d'ordre politique, mais elle est également juridiquement nécessaire.

• 1545

Maintenir les principes de la *common law*, c'est, comme je l'indiquais, laisser au judiciaire toute la tâche. Notre droit au Canada s'est bien éloigné des principes de la *common law* britannique. On a véritablement un droit qui nous est propre, qui reflète la réalité canadienne sûrement bien mieux que ne le ferait les règles élaborées par la Chambre des lords.

Cependant, le recours à la *common law* fait de notre droit pénal un droit accessible aux seuls juristes, et encore, faut-il le confesser, à une minorité d'entre eux spécialisés dans ce domaine. Or, il est important que le droit pénal soit accessible à l'ensemble de la population canadienne, car le droit pénal est celui que la population se donne pour protéger les valeurs auxquelles elle croit.

La codification des principes généraux de la responsabilité ne s'imposait probablement pas. De toute façon, historiquement, il aurait été probablement impossible de le faire à la fin du siècle dernier. Même en 1955, au moment de l'entrée en vigueur, ou dans les années 50, au moment de la préparation du nouveau Code, le maintien de la *common law* pouvait fort bien se justifier, d'autant plus qu'on parle du droit pénal comme étant le reflet des valeurs de notre société. À l'époque, les normes religieuses et sociales coïncidaient, de façon générale, avec les normes du droit pénal, de telle sorte qu'en connaissant et en respectant les premières, une personne avait l'assurance de ne pas enfreindre les secondes. Mais la situation canadienne a bien changé. La diversité de la population, qui s'est accentuée au cours des 30 dernières années, fait en sorte que la la fonction éducative du droit pénal devient de plus en plus importante.

[Translation]

In discussing the codification of criminal law, it is important to note that we have had a code for a very long time. Our code will soon be 100 years old. This really is the appropriate time to review that monument. In fact, our Code's may be a code solely in name rather than in content, since it does not contain most of the general principles of criminal liability. So it is not really a code as we understand the term it traditional civil law.

Should we be pleased or upset about the maintenance of the common law principles entrenched in sections 8 and 9 of the present Criminal Code? We gave that a lot of thought and came to the conclusion that in fact, it results in a certain abdication by Parliament in favour of the courts, which it makes "responsible for the evolution of the law and its adaptation to social change". The Barreau du Québec believes it would be more democratic for Parliament to exercise its criminal law jurisdiction fully and to legislate not only regarding conduct it intends to prohibit, but also the conditions of criminal liability and the means of justification and excuse it authorizes in order to exonerate the offender. This codification is justified not only for political reasons; it is also legally necessary.

As I mentioned, maintaining common law principles is leaving everything up to the judiciary. Canadian laws no longer truly reflect British common law principles. We really do have our own law, which no doubt reflects Canadian reality better than any rules established by the House of Lords.

However, recourse to the common law has made our criminal law accessible solely to legal experts, indeed even to a minority of those specialized in the field. But criminal law must be accessible to the Canadian public as a whole because criminal law is that law which the public erects in order to protect the values in which it believes.

Codifying the general principles of criminal liability was probably not necessary. In any case, historically, it probably would have been impossible to do so at the end of the last century. Even in 1955, when it came into force, or during the 1950s, when the new Code was being drafted, maintaining the common law could certainly be justified, especially since criminal law is considered the reflection of our society's values. At the time, religious and social standards coincided with criminal law standards to the point that a person who knew and complied with the former could be assured of not violating the latter. This is no longer true in Canada. Population diversity, which has become even more pronounced over the past 30 years, has meant that the educational function of criminal law has become increasingly important.

[Texte]

La codification nous paraît un véhicule approprié pour atteindre cet objectif. Il est important, non seulement que le justiciable puisse savoir quelles sont les conduites qui sont prohibées, mais également qu'il comprenne quels sont les moyens de défense qu'il pourra faire falloir, le cas échéant, si jamais il commet une infraction, et quelles sont les limites des moyens de défense qui sont prévus.

La tâche de codifier n'est pas irréalisable. Qui dit codification ne dit pas nécessairement que l'on doive tout prévoir dans les moindres détails. Il ne faudrait pas qu'une codification des principes généraux ou de la responsabilité pénale ressemble à une loi fiscale. Il ne faut pas penser non plus que, dans le contexte d'un droit codifié, toute intervention judiciaire devient inutile. Il y aura toujours des interventions judiciaires.

Au surplus, qui dit codification ne dit pas nécessairement révolution. Il y a des règles qui ont été élaborées, souvent par nos tribunaux, et qui sont extrêmement valables. Il suffirait de les codifier, de telle sorte que toute personne puisse, le cas échéant, s'y référer. À cet égard, je pense notamment aux principes généraux de la responsabilité pénale qui ont été élaborés par la Cour suprême dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* et raffinés par la suite à l'occasion d'autres décisions rendues tant avant qu'après l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés.

Le Barreau du Québec croit que cette codification s'impose et qu'une rationalisation législative de toutes les règles s'impose car, actuellement, le justiciable doit s'en remettre aux déterminations ponctuelles effectuées par la Cour suprême dans des arrêts qui laissent bien des questions sans réponse. L'exemple des principes généraux de la responsabilité, l'arrêt *Sault Ste-Marie* et sa suite nous en donnent une bonne illustration. Nous croyons qu'il en va de la sécurité juridique essentielle à l'adhésion du citoyen à notre système de justice pénale. Le citoyen doit connaître la loi et comprendre son fonctionnement. Actuellement, c'est un exercice extrêmement difficile.

• 1550

Dans notre mémoire, nous nous sommes également attardés à la question de la facture d'un nouveau Code criminel. À cet égard, nous nous sommes penchés sur la question qui nous a été posée récemment et qui ne se trouvait pas dans le document de consultation, à savoir la question de l'inclusion d'un préambule au Code.

Lorsque la question nous a été posée, on nous a fait parvenir deux modèles de préambule qui avaient été suggérés pour ce nouveau Code. On nous avait également remis les commentaires qui avaient été formulés par les commissaires majoritaires de la Commission de réforme du droit, qui s'opposaient à l'inclusion d'un préambule. Nous croyons que les craintes exprimées par les commissaires majoritaires de la Commission de réforme du droit sont sérieuses et ne sauraient être écartées du revers de la main.

Pour les membres du Comité et pour le Barreau du Québec, les deux modèles de préambule proposés paraissent inacceptables. Les deux modèles soulèvent des difficultés majeures, particulièrement dans leur indication selon laquelle

[Traduction]

Codification seems to us an appropriate vehicle for achieving this objective. It is important not only for the person before the courts to know what behaviour is prohibited, but also that he know what grounds of defence he can invoke, if he commits an offence, and what are the limits of those defence arguments.

Codification is not an impossible task. It does not necessarily mean you must deal with every possibility in the slightest detail. A codification of the general principles or of criminal liability should not look like a tax law. It is also unreasonable to expect a codification to make all judicial intervention unnecessary. There will always be judicial intervention.

Furthermore, codification does not necessarily mean revolution. Rules have been developed, often by our courts, and they are very valid. It is just a matter of codifying them so that everyone may refer to them if necessary. Take, for example, the general principles of criminal liability developed by the Supreme Court in *Sault Ste. Marie* and further refined in light of other decisions rendered both prior and subsequent to the coming into force of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The Barreau du Québec feels it is imperative to proceed with codification and legislative rationalization of all the rules, because at present people on trial must rely on specific decisions by the Supreme Court in judgments that leave many questions unanswered. The general principles of criminal liability applied in the *Sault Ste. Marie* case and others based on it are a prime example. We feel that legal certainty, which is essential to public compliance with our criminal justice system, is at stake. People must know the law and understand how it works. At present, this is an extremely difficult to do.

Our brief also covers the issue of drafting a new Criminal Code. We reflected on the question that was put to us recently—as to whether or not a preamble should be included in the Code—but that was not covered in the consultation paper.

At the time we were asked about this, two preamble models that had been proposed for the new Code were sent to us. We were also provided with the comments made by the majority of commissioners on the Law Reform Commission of Canada, who were opposed to a preamble. The fears expressed by the majority of commissioners on the Law Reform Commission are serious and cannot easily be dismissed.

The Barreau du Québec and the members of the committee think that the two preamble models proposed are unacceptable. Both models represent major problems, particularly in their indication that law enforcement should be

[Text]

on ne devrait recourir à la répression pénale que si les contrôles sociaux se sont avérés inefficaces. S'il est vrai qu'en principe, un préambule ne doit pas servir à des fins d'interprétation législative, ne pourrait-on pas néanmoins plaider, dans le contexte juridique canadien actuel, avec la Charte canadienne des droits et libertés, que les principes qui seraient énoncés dans le préambule du nouveau Code sont des principes de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte? Si tel devait être le cas, on pourrait craindre que des débats préalables à une poursuite puissent être tout simplement interminables. Quel l'on pense, par exemple, à des cas de prostitution, de violence conjugale ou de possession de drogue. Des avocats de la défense pourraient discuter très longuement devant les tribunaux de la question de savoir si le recours à la répression pénale est vraiment indiqué dans les circonstances, s'il n'y aurait pas d'autres mécanismes sociaux mieux adaptés pour régler le problème, que ce soit la prostitution, la violence conjugale ou la possession simple de drogue. Nous ne croyons pas que cela soit souhaitable.

Le Barreau du Québec est donc opposé à l'inclusion d'un préambule qui serait rédigé selon les modèles proposés. Cependant, comme vous le savez, récemment, au Québec, le processus de réforme du Code civil s'est terminé, et la question d'un préambule a également été discutée dans le contexte de la réforme du Code civil du Québec. Il nous a semblé que la solution retenue par le législateur québécois pourrait être une solution intéressante dans le contexte du droit pénal canadien. Le nouveau Code civil du Québec ne contient pas en tant que tel un préambule, mais il contient une disposition qualifiée de «disposition préliminaire».

Une fois que ce serait transposé dans le contexte d'un code pénal, nous pourrions avoir une disposition qui expliquerait, dans un premier temps, que les règles qui se trouvent dans le nouveau Code criminel s'harmonisent avec la Charte canadienne des droits et libertés. Cette disposition préliminaire pourrait également expliciter la portée à la fois générale et supplétive des règles qui y sont énoncées. Permettez-moi de développer chacun de ces deux points.

Parlons d'abord de l'harmonisation du Code avec la Charte canadienne des droits et libertés. Il n'est pas essentiel de le dire, puisque la Charte est le document suprême de ce pays, mais il peut être souhaitable, dans une perspective de meilleure compréhension du droit par le justiciable, que la chose soit énoncée. Il serait souhaitable que, par cet énoncé, le Parlement se trouve à rappeler que les règles qui seront énoncées dans la nouvelle partie générale ne sont pas censées déroger aux droits garantis par la Charte, ou que si jamais elles y dérogeait—cela pourrait arriver—le législateur considère et croit être en mesure d'établir à la satisfaction des tribunaux que la dérogation se justifie dans le contexte d'une société libre et démocratique, et donc qu'il est en mesure de rencontrer les exigences de l'article 1 de la Charte.

Nous nous sommes également attardés à la portée générale et supplétive du nouveau Code. Le document de consultation nous parlait de discussions au sujet d'une nouvelle codification du Code criminel. On s'est demandé si

[Translation]

used only if social controls have proven ineffective. While it is true that, in principle, a preamble should not serve the purposes of legislative interpretation, could it not nevertheless be argued, in the current Canadian legal context, that the principles stated in the preamble to the new Code are principles of fundamental justice within the meaning of section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms? If such were the case, preliminary debate could be interminable, for example, in areas such as marital violence, prostitution or drug possession. Defence lawyers could argue at length in court whether the enforcement of criminal law is really appropriate in the circumstances, or whether there may be other social mechanisms better suited to dealing with the problem, be it prostitution, marital violence as drug possession.

The Barreau du Québec is therefore opposed to the inclusion of a preamble that would be drafted according to the proposed models. However, as you know, the reform of the Quebec Civil Code was recently completed. During the process of reform, the issue of a preamble was discussed in the context of the reform of the Civil Code. We thought that the solution selected by the National Assembly could be an interesting solution for Canadian criminal law. The new Quebec Civil Code does not contain a preamble as such, but it does contain a provision called a "preliminary provision".

If this were transposed to a criminal code, there could be a provision that explains, first, that the rules in the new Criminal Code are consistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. This preliminary provision could also state explicitly the general and specific scope of the rules stated therein. Allow me to expand on these two points.

First, harmonizing the Code with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. It is not essential to state this as such since the Charter is the supreme law of the land, but it may be desirable so that those people before the courts will have a better understanding of the law. It would be desirable if the preliminary provision served to recall that the rules stated in the Code are not supposed to derogate from the rights guaranteed by the Charter or, if they do since that may occur, that Parliament considers, and is in a position to establish to the satisfaction of the courts, that the derogation is justified in a free and democratic society and that therefore Parliament is respecting section 1 of the Charter.

We also discussed the general and specific scope of the new Code. The consultation paper includes discussions concerning the recodification of the Criminal Code. We wondered if the general principles covered in the consultation

[Texte]

les principes généraux dont on discutait dans les documents de consultation devaient s'appliquer strictement aux infractions qualifiées de criminelles au sens constitutionnel du terme ou s'ils devaient être applicables à l'ensemble du droit pénal fédéral. Nous en sommes arrivés à la conclusion que, si cet effort de réflexion devait aboutir à une codification des principes généraux de la responsabilité pénale, cela devrait s'appliquer à l'ensemble du droit pénal fédéral. Si on devait adopter une solution différente, on risquerait d'avoir des difficultés pratiques quasi inextricables. Bien sûr, certaines règles qui seraient présentes dans la partie générale du Code seraient inapplicables aux infractions de type réglementaire. Je pense, par exemple, à la légitime défense. Mais bien d'autres moyens de défense qui devraient être codifiés seraient applicables dans le cas des infractions de type réglementaire.

Nous ne croyons pas qu'il soit souhaitable que ces règles codifiées s'appliquent exclusivement aux infractions criminelles, laissant aux tribunaux le soin de développer des règles semblables ou différentes dans le cas des infractions de type réglementaire. Cela créerait très certainement des difficultés. Des jugements qui auraient été rendus en application d'infractions de type criminel pourraient être soumis aux tribunaux dans le cas d'infractions de type réglementaire et vice versa. Nous pourrions avoir à la limite deux séries de règles et de conditions de recevabilité pour chacun des moyens de défense, ce qui ne serait certainement pas un avantage pour les justiciables canadiens et serait très certainement source de difficultés pour tout juriste.

Nous croyons donc que cet exercice de codification devrait donner lieu à un nouveau code qui s'appliquerait à l'ensemble du droit fédéral, et il faudrait le dire expressément. Une disposition préliminaire pourrait être le lieu privilégié pour indiquer clairement cette intention du législateur.

Nous croyons que c'est dans le Code qu'une telle disposition devrait se retrouver. Ce serait beaucoup plus simple que de voir toutes et chacune des lois fédérales comporter une disposition spécifique disant que, pour les fins des principes généraux de la responsabilité et des moyens de défense, il y a lieu de se référer au Code criminel. Cela ne voudrait cependant pas dire que le législateur ne pourrait pas, dans les cas où il le juge approprié, prévoir dans des lois particulières que tel ou tel principe énoncé au Code criminel ne s'appliquera pas pour les fins de la loi particulière.

Aux pages 11 et 12 de la version française de notre mémoire, nous avons proposé un modèle de préambule qui rejoindrait les remarques que je viens de vous faire, qui serait peut-être un peu plus long que la simple disposition préliminaire du Code civil québécois, qui reprendrait des attendus d'ordres généraux qui sont ceux du document préparé par la Commission de réforme du droit, mais non ensuite les dispositions qui suivent les quatre attendus. Nous avons plutôt proposé nos propres dispositions qui sont celles que je viens de discuter.

[Traduction]

paper should apply only to criminal offences—in the constitutional sense of the word—or if they should also apply to all federal criminal law. We concluded that if the outcome of these discussions was going to be a codification of general principles of criminal responsibility, then this should apply to all federal criminal law. If another solution were chosen, we could end up with almost unsolvable practical problems. Of course, some rules set out in the general part of the Criminal Code could not apply to regulatory offences, for example, lawful self-defence. However, several other means of defence that could be codified could apply to regulatory offences.

We do not think that these codified rules should apply exclusively to criminal offences, leaving it up to the courts to develop similar or different rules for regulatory offences. This would certainly result in problems. Judgments handed down for criminal offences could be presented to the courts in cases of regulatory offences and vice versa. Taken to the extreme, we could have two sets of rules and admissibility criteria for each means of defence. This certainly would not be an advantage for Canadians standing trial and it most certainly would be problematic for any legal expert.

Therefore, we think that this process of recodification should result in a new code that would apply to all federal law and this should be expressly stated. A preliminary provision could be the best place to clearly express Parliament's intention.

We think that this provision should be in the Code. This would be much simpler than having each and every one of the federal acts include a specific provision referring one to the Criminal Code for the general principles governing responsibility and defences. However, this does not mean that Parliament could not, where appropriate, state in specific acts that certain principles set out in the Criminal Code do not apply to that act.

On pages 11 and 12 of the English version of our brief, we have proposed a model for the preamble that reflects the comments I have just made and that might be somewhat longer than the simple preliminary provision of the Quebec Civil Code. It would include the four "whereas" statements from the document prepared by the Law Reform Commission, but not the provisions following them. We have instead proposed our own provisions—the ones I just presented.

[Text]

[Translation]

• 1600

Quant au contenu de la partie générale, je vous ai indiqué déjà que nous ne trouverions pas que ce serait une amélioration par rapport au droit actuel si la partie générale devait ressembler à une loi fiscale. Une codification bien faite suppose la formulation de principes et de règles en termes clairs, simples et concis.

Il ne faut pas tenter, dans le cadre d'un tel exercice, de prévoir toutes et chacune des situations qui peuvent survenir, s'il a le rôle des tribunaux.

Nous croyons cependant qu'une codification des principes généraux suppose que soient précisées les conditions de la responsabilité pénale, d'une part, et les moyens d'exonération, d'autre part. À cet égard, le Barreau du Québec croit qu'il est nécessaire que soient définis les éléments essentiels de toute conduite incriminée dans leurs composantes morales tout autant que matérielles.

De plus, chacun des termes référant à des concepts connus et que le législateur souhaite conserver devraient être définis. Par la suite, dans le libellé de toute infraction, le législateur devrait s'en tenir à ce vocabulaire afin d'éviter les difficultés que les juristes rencontrent actuellement en raison d'un glissement du vocabulaire.

Dans notre mémoire, nous avons donné quelques exemples ayant trait aux glissements de contenu entre la responsabilité stricte et la responsabilité absolue. L'expression *mens rea*, également, est un terme onsacré par notre droit et pourtant, les juristes ne s'entendent pas sur son contenu.

Enfin, on connaît tous la difficulté qui existe à distinguer l'intention générale de l'intention spécifique.

Il y aurait lieu de régler les questions une fois pour toutes, de s'entendre sur un vocabulaire et que tout le monde emploie le même vocabulaire. Et à cet égard, je vous réitere mes propos préliminaires: les difficultés particulières que nous rencontrons au Québec, sont des problèmes de langue, bien sûr, mais résultent non pas de notre méconnaissance de l'anglais, mais de ce que trop souvent les concepts qui sont connus dans la langue française, une fois retraduits en anglais, ne le sont pas dans une langue qui soit conforme à la langue juridique anglaise, ce qui nous défavorise et, souvent, ce qui rend notre compréhension du droit difficile.

Bien sûr, de la même façon, dans la version française, il y a souvent des glissements linguistiques. Du passage de l'anglais au français, très souvent le même terme employé en anglais est traduit différemment en français. Il y aurait lieu, dans un effort de codification et je pense dans l'effort fait relativement à toutes les lois, d'être particulièrement sensibles à cette réalité, d'autant plus que les deux versions sont réputées officielles et que dans certains cas, ça pourrait donner lieu à des résultats qui ne sont pas souhaités par le législateur.

Voilà pour mes commentaires généraux. Le temps passe, je ne sais pas si vous voulez que je continue avec les commentaires spécifiques.

With regard to the content of the general part, I've already indicated that we do not feel it would be any improvement over current legislation if the general part were to resemble a tax law. In a well-done codification, principles and rules are stated in clear, simple and concise terms.

In an exercise like this, one must not attempt to anticipate each and every situation that might arise, since dealing with particular situations is the role of the courts.

We do believe, however, that a codification of general principles presupposes that the conditions of criminal liability and grounds for exoneration are clearly stated. In this regard, the Barreau du Québec believes it is necessary to define the essential elements of all prohibited conduct in their moral and material components.

In addition, each of the terms referring to known concepts which Parliament wishes to preserve should be defined. Then, in the wording of every offence, Parliament should use this vocabulary in order to avoid difficulties which legal experts are currently encountering because of changes in vocabulary.

In our brief, we provided a few examples of such changes between strict liability and absolute liability. In addition, the expression *mens rea* has an exclusive meaning in our law and yet jurists do not agree on its content.

Lastly, we are all aware of the difficulty involved in distinguishing between general intent and specific intent.

The time has come to settle these issues once and for all, to agree on the vocabulary to be used and for everyone to use that same vocabulary. In this regard, I reiterate my original statement: the specific problems we encounter in Quebec are language problems, of course, but do not result of our lack of familiarity with English, but from the fact that often these concepts that do exist in the French language are not retranslated into English in a form that reflects English legal usage. This places us at a disadvantage and often makes our comprehension of law difficult.

Similarly, of course, there are often linguistic shifts in the French version. When moving from English to French, the same term in English is often translated differently in French. In the context of this codification initiative and the work undertaken regarding all legislation, we must be particularly sensitive to this reality, especially since both versions are deemed official and in certain cases this could lead to results that are not in keeping with the intent of the legislator.

That concludes my general comments. Time is passing and I don't know if you wish me to continue with our specific comments.

[Texte]

The Chairman: We have your brief, and it will be attached to our *Minutes of Proceedings and Evidence*. You don't need to read it word for word, but if you want to pick out two or three and highlight them, that would be fine. But I do very quickly want to get on to questions, because it's an excellent brief and I'm sure we have some questions for you.

Me Simard: D'accord. Dans le prolongement de ce que j'ai dit au niveau des principes généraux de la responsabilité, nous croyons que, dans la codification qui devrait être faite, il serait souhaitable de codifier, à toutes fins utiles, les principes qui se dégagent de l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Du moins, le Barreau du Québec est satisfait de la classification qui est faite dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* entre les infractions criminelles, d'une part, et les infractions réglementaires d'autre part.

• 1605

Nous croyons que le législateur devrait, eu égard aux exigences de la Charte canadienne des droits et libertés, trancher la question de la responsabilité absolue. Nous croyons pour notre part que, dans le cadre des infractions criminelles proprement dites, la responsabilité absolue n'a pas sa place.

Dans le cas des infractions de type réglementaire, certains membres de notre comité seraient allés jusqu'à dire qu'il n'y a pas non plus place pour de la responsabilité absolue. Cependant, nous croyons que, dans certaines circonstances, le législateur pourrait croire essentiel qu'une infraction puisse être commise sans égard à un quelconque état d'esprit blâmable. Si telle devait être la solution retenue par le législateur, nous croyons qu'il devrait très clairement indiquer, dans la partie générale du Code, les circonstances où il serait loisible pour le législateur d'imposer une responsabilité absolue ainsi que le vocabulaire qui devrait référer à une responsabilité absolue.

Quant à la question des omissions et des devoirs, nous avons eu beaucoup de difficulté à en traiter au sein de notre comité. Les avocats de la défense sont particulièrement sensibles à la question de l'incrimination d'omission. Nous croyons qu'il y a actuellement dans le droit des difficultés relativement à certaines infractions qui comportent l'incrimination d'omission par le fait que la loi actuelle permet d'incriminer des omissions prévues dans le droit pénal provincial, avec le résultat que les citoyens de ce pays ne sont pas tous sur un pied d'égalité. Par exemple, au Québec, l'obligation de porter secours à une personne en danger peut donner lieu à une accusation de négligence criminelle qui serait impossible dans toute autre région du pays. Le législateur fédéral doit s'interroger sur la pertinence de créer, à l'échelon national, une obligation de porter secours à une personne en danger. S'il croit que la chose n'est pas souhaitable, il devrait, dans le cadre de sa partie générale, prévoir que, bien qu'un tel devoir existe en droit provincial, cela ne peut pas être génératrice de responsabilité criminelle.

Un autre sujet que nous avons abordé dans le cadre de nos discussions, et nous l'avons fait également dans le contexte du projet de loi C-203, c'est la question du consentement à la mort. Nous sommes particulièrement

[Traduction]

Le président: Nous avons votre mémoire et il sera annexé aux *Procès-verbaux et témoignages*. Vous n'avez pas besoin de le lire intégralement, mais si vous désirez nous signaler deux ou trois passages, nous n'avons aucune objection. Mais je voudrais quand même passer rapidement aux questions, car c'est un excellent mémoire et je suis convaincu que nous aurons des questions à vous poser.

Ms Simard: Very well. Further to what I've said about the general principles of liability, we believe that in the upcoming codification, it would be desirable to codify the principles found in the *Sault Ste. Marie* decision. At least, the Barreau du Québec is satisfied with the classification set out in the *Sault Ste. Marie* decision between criminal offences on the one hand and regulatory offenses on the other.

With regard to the requirements of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, we believe that Parliament should settle the issue of absolute liability. For our part, we believe that in the case of criminal offences as such, the notion of absolute liability is inappropriate.

In the case of regulatory offences, some members of our committee even went so far as to say that absolute liability was not appropriate here either. However, we believe that in some circumstances, the legislator may feel it is essential that an offence could be committed without there being any question of *mean rea*. If this was the solution envisaged by Parliament, we feel they should indicate very clearly, in the general part of the Code, the circumstances under which it would be possible for Parliament to impose absolute liability, as well as the vocabulary that should refer to absolute liability.

The issue of omissions and duties is one that our committee had a great deal of trouble dealing with. Defence lawyers are particularly sensitive to the question of incriminating omissions. We feel that current law presents difficulties regarding certain offences that contain an element of incriminating omission because of the fact that current law allows incriminating of omissions provided for in provincial criminal law, which means that the citizens of this country are not all on an equal footing. For instance, in Quebec, the obligation to assist a person in danger can give rise to an accusation of criminal negligence that would not be possible in any other region of the country. The federal Parliament must therefore examine the merit of creating, at the national level, the obligation to assist a person in danger. If it believes that this would not be desirable, it should, in the general part, state that although such a duty does exist in provincial law, it may not give rise to criminal liability.

Another topic we examined in our talks, as well as in the context of Bill C-203, is the issue of consent to death. The Barreau du Québec is particularly concerned with this issue given that we have had a few cases before the civil courts that

[Text]

préoccupés par cette question au Barreau du Québec, compte tenu du fait que nous avons eu quelques affaires devant les tribunaux civils qui sont pour le moins inquiétantes. Je pense particulièrement à l'affaire Nancy B., mais il y en a quelques autres. D'ailleurs, nous nous référerons à une autre cause dans notre mémoire.

Nous croyons qu'il n'est pas souhaitable que des médecins doivent aller devant les tribunaux civils pour obtenir des autorisations ponctuelles de débrancher des malades, histoire de se couvrir face à une éventuelle responsabilité criminelle. Au Québec, nous avons des règles dans notre droit civil qui ne sont peut-être pas totalement compatibles avec les dispositions du Code criminel. Face à une telle incertitude, les médecins s'adressent aux tribunaux pour obtenir une certaine bénédiction à des actes médicaux. La question est difficile. Nous n'avons pas eu assez de temps. Nous ne croyons pas que c'est nécessairement à nous de trancher les questions philosophiques qu'elle pose. Nous croyons que c'est le rôle du législateur et que le législateur ne devrait pas se dérober devant la difficulté de la tâche.

Pour ce qui est de la question de la responsabilité des personnes morales, dans le cadre du document de consultation, on demandait: Est-il opportun qu'on étende les règles de la responsabilité des personnes morales aux groupements qui ne sont pas des corporations en tant que telles? Nous avons conclu que la chose serait souhaitable et qu'il n'y avait pas lieu, dans le cadre de groupements particulièrement organisés, que ce soit des organisations syndicales ou des sectes religieuses, de faire une distinction sur la base d'une simple incorporation. Comme on connaît les difficultés inhérentes à la poursuite d'individus dans le cadre d'actions à caractère collectif, il nous a semblé que, dans certaines circonstances, la société canadienne serait mieux protégée face à des agissements criminels posés par ou au nom de certains groupes si les règles de la responsabilité criminelle pouvaient les atteindre.

• 1610

Nous croyons d'ailleurs que ces règles devraient être clarifiées et simplifiées. Dans le contexte canadien, on constate que les personnes morales font l'objet de fort peu de poursuites. Cela s'explique par la difficulté que rencontrent les procureurs de la Couronne à prouver hors de tout doute raisonnable la responsabilité d'une corporation eu égard aux règles qui s'y appliquent actuellement. Certains procureurs de la Couronne siégeant à notre comité nous faisaient remarquer que si la responsabilité des corporations était rendue plus facile, dans certaines circonstances, ils poursuivraient peut-être la corporation plutôt que les individus—président, vice-président et autres—qui ont posé des gestes répréhensibles.

Sous la rubrique excuses et justifications, nous nous sommes attardés à certains cas qui posaient des problèmes particuliers pour les praticiens. Nous n'avons pas répondu à toutes les questions que soulevait le document de consultation. Nous nous sommes cependant attardés à la question de l'erreur relativement à un moyen de défense et à celle de l'intoxication volontaire.

[Translation]

are quite worrisome, to say the least. I am thinking particularly of the Nancy B. case, but there have been a few others. In fact, we refer to another case in our brief.

We do not feel it is desirable for doctors to have to go before civil courts to obtain individual authorizations to remove patients from life-support systems in order to shield themselves from future criminal liability. In Quebec, there are rules in our civil law which may not be completely compatible with Criminal code provisions. Given this uncertainty, doctors go to the courts to obtain a kind of authorization for medical acts. This is a difficult issue. We have not had time to examine it. We do not feel that it is necessarily up to us to settle the philosophical questions involved. We do feel that it is the role of the legislator and that the legislator should not seek to avoid this difficult task.

As for the liability of moral persons or legal entities, in our consultation paper, we asked: Is it appropriate to extend the rules of liability of moral persons to organizations that are not corporations as such? We have concluded that this would be desirable and that there was no reason to make a distinction based on the fact of incorporation alone in the case of organized groups, be they unions or religious sects. Since we are aware of the difficulties inherent in prosecuting individuals within the framework of actions of a collective nature, we felt that in some circumstances, Canadian society would be better protected from criminal acts performed by or on behalf of certain groups if the rules of criminal liability applied to them.

In fact, we feel that these rules should be clarified and simplified. In the Canadian context, we note that moral persons or legal entities are very seldom prosecuted. This can be explained by the difficulty encountered by Crown attorneys in proving beyond all reasonable doubt the liability of a corporation with regard to the regulations that currently apply to it. Some Crown attorneys sitting on our committee noted that if the liability of corporations was facilitated, they might, in some circumstances, prosecute the corporation rather than the individuals—the president, vice-president and others—who have committed reprehensible deeds.

With regard to excuses and justifications, we spent some time examining certain cases that presented specific problems for practitioners. We did not answer all the questions raised by the consultation paper. However, we did examine in depth the question of error as a grounds of defence and voluntary intoxication.

[Texte]

Nous avons indiqué dans notre mémoire à quel point nous étions mal à l'aise face à la situation actuelle relativement à ces deux sujets, particulièrement l'intoxication volontaire. On sait très bien que la distinction intention générale-intention spécifique est une distinction artificielle.

Nous croyons que c'est une question d'ordre politique pour le législateur que de déterminer jusqu'à quel point il est prêt à excuser certains comportements posés par des gens en état d'ébriété. Nous croyons également que c'est une question qui devrait être tranchée par le législateur que de savoir, dans le cadre de justifications, ce qu'on fait d'une erreur relativement à une circonstance qui pourrait être justificative. Nous croyons que le problème se pose tout particulièrement dans le contexte de l'homicide. Relativement à ces deux thèmes, nous proposons que le législateur s'attarde à prévoir des modalités particulières qui pourraient s'appliquer à l'homicide.

Quant aux questions relatives aux infractions inchoatives, tentatives et complots, disons simplement, relativement à la tentative, que le droit actuel nous semble satisfaisant et qu'il pourrait être tout à fait approprié de codifier le critère de l'arrêt *Deutsch*, au niveau de la définition de la tentative, dans le vocabulaire même de cet arrêt *Deutsch*, en anglais et en français. Ainsi, les justiciables sauraient de quoi il s'agit, et nous saurions que le législateur n'a pas eu l'intention de changer le droit.

Nous croyons que le fait de laisser aux juges le soin de déterminer s'il s'agit d'une simple préparation ou s'il s'agit véritablement d'une tentative est une solution pratique, qui fonctionne bien et qui sert bien le justiciable, particulièrement dans le contexte d'un procès par jury. Ce sont des questions où la ligne de démarcation peut être difficile à tracer, et cette solution qui a été retenue dans le droit actuel devrait être conservée. Nous proposons même de l'étendre au contexte de l'encouragement—*abetting*—par présence passive.

On sait que, dans le droit actuel, la simple présence sur les lieux ne constitue pas une modalité de participation criminelle, mais, dans certaines circonstances, cela pourrait le devenir. Dans des cas comme celui de l'arrêt *Dunlop & Sylvester*, cette cause de viol à caractère collectif, on pourrait peut-être considérer l'incrimination de certains participants qui ont tout simplement ajouté à l'oppression de la victime par leur présence.

• 1615

Mais il y a d'autres circonstances où il ne serait pas souhaitable de le faire. Nous croyons que ce serait une bonne idée de laisser au juge le soin de démêler les situations et de décider du moment où il croit que ce serait vraiment aller trop loin que de permettre une telle incrimination.

The Chairman: I think at that point, if you don't mind, I'd like our members to have an opportunity to question because time is moving on quite quickly now.

Mr. Rideout (Moncton): The brief is quite comprehensive, so perhaps we don't have to take up a lot of time in dealing with some of the issues before us. I'm sorry to have missed the initial part of what you had to say.

In dealing with the preamble, it's my impression that you don't mind one but that none of the recommendations thus far suit where you want to be.

[Traduction]

In our brief, we indicated the extent to which we were uncomfortable with the current situation regarding these two subjects, particularly voluntary intoxication. It is well known that the distinction between crimes of general intent and those of a specific intent is an artificial one.

We believe that this is a policy issue for Parliament, which must determine to what extent it is prepared to excuse certain types of behaviour by persons who are intoxicated. We also believe it is up to Parliament to determine, in the case of justifications, what is to be done in the event of an error about a circumstance that might be considered a justification. This problem arises more specifically in the case of homicide. With regard to these two issues, we propose that Parliament consider special provisions that would apply to homicide.

As for inchoate offences, attempts and conspiracy, let us just say with regard to attempts that current law would seem to be satisfactory and it might be totally appropriate to codify the criteria in the *Deutsch* decision regarding the definition of attempt, using the vocabulary of the *Deutsch* decision, both French and English. Thus, persons subject to trial would understand what this offence entails, and we would know that Parliament did not intend to change the law.

Letting judges decide whether it was a case of simple preparation or an actual attempt is a practical solution that works well and that serves the persons on trial well, particularly in the case of trial by jury. These are issues where demarcation lines may be difficult to establish, and the approach used in current law should be preserved. We even proposed that it be extended to the crime of abetting.

As we know, under current law, the very fact of being present at the crime does not constitute grounds for criminal participation, but in certain circumstances, it could become so. In cases such as *Dunlop & Sylvester*, a gang rape, one might consider the incrimination of certain participants who simply added to the oppression of the victim by their very presence.

But there are other circumstances in which it would not be desirable to do so. We think it would be best to let the judge determine the circumstances of each situation and make his decision when he believes that it would really be going too far to allow such an incrimination.

Le président: Si ça ne vous dérange pas, je crois que j'aimerais maintenant donner l'occasion aux membres du comité de vous poser des questions parce que notre temps s'écoule rapidement.

M. Rideout (Moncton): Ce mémoire est assez exhaustif, donc nous n'avons pas besoin d'épuiser beaucoup de temps à traiter de certaines des questions devant nous. Je regrette d'avoir manqué le début de votre présentation.

Pour ce qui est du préambule, j'ai l'impression que vous n'avez pas d'objection, mais qu'aucune des recommandations requises à date vous convient.

[Text]

The recommendations we're getting are both pro and con, but a lot are suggesting that you might have a preamble as a guide but it should perhaps not be included in the legislation at all. In other words, keep it out, but use it as a guide as you go through the process of trying to recodify. Would you have any comments?

Me Viau: Si le préambule n'est pas incorporé en tant que tel au nouveau Code, quelle sera sa portée par rapport à des débats parlementaires pouvant accompagner le projet de loi?

Remarquez que la situation s'est présentée à vous dans le contexte du projet de loi C-49 sur les agressions sexuelles. Il y avait également un préambule à ce projet de loi. Quand nous l'avons examiné au Barreau, nous ne nous sommes pas véritablement attardés à ce préambule—ou du moins pas tellement—and ce pour deux raisons.

D'abord parce que l'essentiel de ce que l'on retrouvait dans le préambule, on le retrouvait également dans le cadre des dispositions législatives spécifiques, c'était un petit peu superflu. On s'est également dit que de fait, dans une codification, tous nos codes criminels—que ce soit le Code Martin ou n'importe quel autre code criminel que nous utilisons—n'auraient pas le préambule incorporé.

Mais si vous incorporez véritablement un préambule au Code criminel, à la manière du préambule de la Charte canadienne des droits et libertés, j'ai tout lieu de croire qu'il sera reproduit et qu'en conséquence, les plaideurs pourront, au besoin, y référer et plaider à partir de ce préambule.

Mr. Rideout: That's probably true. The only reason I was saying you might want to work within a preamble but not necessarily include it is because a preamble gives you some signposts as to how to evaluate some of the different issues without getting into the necessity of having a well articulated preamble that suits all.

That was the problem with Bill C-49. A lot of the representations on that were that we should add native people, native women, visible minorities and on and on, so you might want to have the preamble as a guidepost but not necessarily as an actual preamble that is articulated in a piece of legislation and that the court could subsequently use.

I gather from your comments that you'd like us to deal with the euthanasia situation, whereas the advice we're getting is that if we have any hope of getting a general part to the code we should follow the KISS formula—"keep it simple, stupid"—and just deal with those aspects that are readily acceptable and easy to deal with now, or else we'll get hung up on that issue and on whether we should revisit abortion and all those types of issues, then end up without a recodification at all.

Me Viau: Dans notre mémoire, nous indiquons que le législateur devra faire des choix d'ordre politique. Nous ne nous sommes pas attardés à la question de l'avortement, par exemple, mais il est vrai que dans le processus d'une

[Translation]

Nous recevons des recommandations pour et contre un préambule, mais plusieurs estiment qu'on pourrait avoir un préambule comme guide mais non pas inclus dans la législation comme tel. En d'autres mots, laissez-le à part, mais utilisez-le comme guide lors du processus de recodification. Avez-vous des commentaires à ce sujet?

Ms Viau: If the preamble is not incorporated as such into the new Code, what will be its significance regarding the parliamentary debates that may accompany the Bill?

You may note that the situation did occur in the context of Bill C-49 on sexual assaults. There was also a preamble to that Bill. When we at the Barreau examined it, we didn't really spend all that much time on the preamble, for two reasons.

First of all, because most of what was in the preamble was also in the specific provisions, which made it somewhat superfluous. We also considered that in fact, in a codification, all our criminal codes—be it the Code Martin or any other criminal code that we use—would not have an incorporated preamble.

But if you actually incorporate a preamble in the Criminal Code, similar to the preamble to the Canadian Charter of Rights and Freedoms, there is every reason to believe that it will be reproduced and therefore, lawyers will refer to it as the need arises and argue on the basis of that preamble.

M. Rideout: Vous avez probablement raison. Je disais que vous voudriez peut-être travailler avec un préambule sans nécessairement l'inclure parce qu'un préambule vous donne en quelque sorte des indications pour évaluer les questions qui se posent sans qu'il soit nécessaire d'avoir un préambule très étayé qui convient à tous.

C'était le problème qui s'est posé avec le projet de loi C-49. Plusieurs témoignages qu'on a entendus à ce sujet préconisaient qu'on inclue les autochtones, les femmes autochtones, les minorités visibles et ainsi de suite. Donc, vous voudrez peut-être avoir un préambule comme borne mais non pas nécessairement un préambule qui est incorporé dans une loi et qui peut servir ultérieurement aux tribunaux.

D'après ce que vous nous dites, je crois comprendre que vous voudriez que nous traitions de la question de l'euthanasie, tandis que les conseils que nous recevons nous indiquent que si nous voulons garder le moindre espoir d'obtenir une partie générale au Code, nous ferions bien de garder les choses très simples et de traiter seulement des aspects qui sont facilement acceptables et faciles à traiter dès maintenant. Sinon nous risquons de nous attarder sur cette question ainsi que la question de rouvrir ou non le dossier de l'avortement et d'autres questions de ce genre, ce qui veut dire que nous n'obtiendrions probablement jamais une recodification.

Ms Viau: In our brief, we indicated that the legislator will have to make political choices. We did not dwell on the issue of abortion, for instance, but it is true that in the process codifying general principles, the legislator could focus

[Texte]

codification des principes généraux, le législateur pourrait s'attarder au «commencement de la vie», et également à «la fin de la vie» avec le consentement à la mort et le consentement aux traitements médicaux ou une défense à cet égard. C'est le genre de questions qui devraient être considérées.

• 1620

Maintenant, en ce qui concerne la question de l'avortement en tant que telle, je pense que certains groupes voudraient la voir discuter dans le cadre d'une partie générale, sans doute par le biais d'une reconnaissance de droit au foetus, mais c'est une question qui relève du droit pénal général. Actuellement, on confère une protection à la personne humaine. C'est une question difficile, mais elle se pose.

Mr. Rideout: That's what we get the big pay for.

Me Viau: Je pense cependant que, en tant que législateur, vous pouvez également choisir de ne pas trancher toutes les questions qui pourraient l'être. On a l'habitude de dire que le mieux est l'ennemi du bien. Quand on veut tout faire, tout régler, on risque de ne pas avancer.

Je pense qu'on pourrait faire un effort de codification, de rationalisation du droit canadien même si, faute de consensus, on doit laisser certaines questions de côté.

Mr. Rideout: I think that's been the recommendation to us. Let's do what's can be done and let the other stand to the side and we'll deal with that later.

Me Viau: Et même si notre mémoire laisse peut-être croire que nous sommes prêts à considérer uniquement des questions qui ne posent pas de difficulté, sur lesquelles le droit canadien est déjà stabilisé, je pense qu'il ne faudrait pas l'entendre dans ce sens.

Nous sommes partis des documents de consultation que nous avions en mains; nous avons très hâte d'avoir le projet de loi. Nous sommes ouverts même à une évolution et à une modernisation des principes dans le sens de la reconnaissance de règles particulières pour les autochtones, les minorités visibles ou les femmes.

The Chairman: Mr. Laporte, could you go for seven or eight minutes please?

Mr. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): Thanks very much. With respect to the preamble, this issue is one that's concerning me a bit. I haven't really come to an opinion one way or the other. Yesterday we had some people from the University of Toronto who I thought made a pretty good presentation in stating that a preamble could have a really useful purpose in helping to define the direction of criminal law. They pointed out an example of someone being charged with stealing a piece of chicken from a store—sort of a Jean Valjean story—and said that this really shouldn't be dealt with in the Criminal Code. He pointed out that section (a) of the preamble may have some useful purposes there.

You're saying that won't be the case because you're going to have lawyers coming in and using it for all sort of purposes, such as prostitution. They'll say that this is not part of the Criminal Code.

[Traduction]

on when life begins as well as when life ends in the context of consent to death and consent to medical treatment or a defence in this regard. Those are the types of issues that should be considered.

Now, as far as abortion itself is concerned, some groups would, I think, like to see this issue discussed in the general part, in terms of the rights of the foetus. But this is a matter that comes under general criminal law. At present, a human being is protected. The issue is a difficult one, but we must face it.

M. Rideout: C'est pour cela qu'on nous paie cher.

Ms Viau: However, I do think that as a legislator, you can choose to leave certain questions aside. As the saying goes, it is best to leave well enough alone. We may get nowhere if we try to do too much.

Efforts can be made to recodify and rationalize Canadian law even if this means that some matters must be left aside in the absence of a consensus.

M. Rideout: C'est ce qu'on nous a déjà recommandé de faire. Faisons ce qui est réalisable, et laissons les autres aspects à plus tard.

Ms Viau: Even though after reading our brief you may think that we are only willing to consider questions on which there is a consensus and on which Canadian law is already clear, that is not the impression we wish to leave you.

We have based our arguments on the consultation documents that we had available; we are very much looking forward to the introduction of the Bill. And, we are even open to the development and introduction of principles with regard to the recognition of special rules for natives, visible minorities or women.

Le président: Monsieur Laporte, s'il vous plaît, ne prenez pas plus de sept ou huit minutes.

M. Laporte (Moose Jaw—Lake Centre): Merci beaucoup. J'ai quelques hésitations par rapport au préambule, et je n'ai pas encore formulé une position très ferme sur la question. Hier, nous avons accueilli des témoins de l'université de Toronto qui, à mon avis, ont fait valoir d'excellents arguments, à savoir qu'un préambule pourrait servir à redéfinir l'orientation du droit pénal. Ces témoins ont évoqué l'exemple d'un individu accusé d'avoir volé un morceau de poulet d'un magasin—un peu à la Jean Valjean. Selon eux, un tel cas ne devrait pas relever du Code criminel. Un des témoins a souligné que l'article a) du préambule pourrait jouer un rôle valable à cet égard.

Vous n'êtes pas du même avis, car vous dites que les avocats vont abuser de cet article, notamment dans le cas de la prostitution. Selon vous, ils diront que le Code criminel ne mentionne pas la prostitution.

[Text]

Isn't that the role of a judge to decide? A lawyer can come in and say that this case shouldn't be in front of the court because it should be dealt with in some other fashion. It could be prostitution or drugs or whatever the situation might be. Isn't that the role of a judge to say that? It seems to me that point yesterday was valid. Although I can see your other side, where is the role of the judge in this thing?

Me Viau: Je répondrai à votre question en vous la retournant. Quel est le rôle du Parlement? On peut laisser les juges décider de toutes les questions dans notre société; laisser les juges décider qu'il est opportun de poursuivre quelqu'un en matière de drogues, ou de prostitution. Mais même du point de vue de la certitude du droit, est-ce cela est souhaitable?

Mr. Laporte: Your own point a few moments ago was that the code shouldn't be all-encompassing. It should leave some flexibility so that when it's being interpreted by the courts it will meet the needs of society.

That's what I'm saying with a preamble. It's a direction that Parliament is giving to judges, courts and to lawyers. It seems to me that a preamble such as was mentioned on the Law Reform Commission has some direction, whereas I'm not sure what value your preamble has. Why even have it there? It just seems to be some nice-sounding words that really have no meaning, no merit or no direction.

• 1625

Me Viau: Vous avez raison, notre préambule dit beaucoup moins que certains des modèles qui nous étaient suggérés. En fait, comme je vous l'ai indiqué, il y a deux aspects: la portée du droit et le fait que c'est en conformité avec la Charte. Ce sont les deux aspects que nous retiendrons.

Pour le reste, laisser au juge une certaine flexibilité, je suis d'accord. Et je pense que dans l'énoncé des différentes règles, les moyens de défense, etc., on peut laisser beaucoup de flexibilité au juge. Mais je ne pense pas qu'au niveau des grandes orientations on doive laisser au juge le soin de décider des questions, parce qu'il ne faut pas oublier une autre chose.

Laisser la question au soin du juge, c'est en fait laisser la question à la Cour suprême. Parce que si c'est une question qui est extrêmement complexe ou qui pourrait donner lieu à des changements très considérables au niveau de la poursuite, fatallement, il y aura des appels et ça devra aller jusqu'à la Cour suprême. C'est un processus qui est extrêmement coûteux en plus d'être un processus qui crée de l'instabilité dans le droit et qui laisse un flottement pendant de nombreuses années.

Pour ma part—mais ça n'a pas été discuté au sein de notre Comité—je serais d'accord de laisser le soin au juge dans certains cas de dire que ce n'est pas opportun de procéder par le biais du processus pénal dans telle ou telle circonstance, si vous assortissez cela d'une règle selon laquelle un acquittement ne peut pas donner lieu à un appel. Sinon, vous placez les citoyens canadiens dans une situation absolument impossible en termes de coûts de la justice. Ce ne sont pas tous les citoyens qui ont les moyens de faire de belles causes qui montent jusqu'en Cour suprême et c'est la difficulté que l'on rencontre actuellement dans trop de secteurs du droit pénal.

[Translation]

Mais c'est le juge qui doit trancher, n'est-ce pas? Un avocat peut bien prétendre qu'une cause ne relève pas du tribunal, qu'il s'agisse de la prostitution, de la drogue, ou d'autre chose. N'est-ce pas au juge de décider? J'approuve cet argument. Je comprends votre point de vue, mais quel est le rôle du juge?

Ms Viau: Let me answer your question by turning it around. What is Parliament's role? We can leave it up to the judges to decide all of society's questions. We can leave it up to them to decide whether someone should be prosecuted in a drug or prostitution case. But if we are to ensure certainty in the law, is that what we really want?

M. Laporte: Vous avez vous-même dit tout à l'heure que la portée du code ne devrait pas être trop large, et qu'il devrait accorder aux tribunaux une certaine latitude dans leur interprétation, pour répondre aux besoins de la société.

C'est le rôle que le préambule doit jouer, et qui permet au Parlement de tracer une certaine direction pour les juges, les tribunaux, et les avocats. Je trouve que le préambule que la Commission de réforme du droit a rédigé répond à ce critère, mais je ne crois pas que cela soit le cas pour le vôtre. Faut-il un préambule? Il me semble qu'un préambule, ce n'est que des vœux pieux dépourvus de sens précis ou de valeur.

Ms Viau: It is true that our preamble does not go as far as some of the others that have been put forward. In fact, as I have already pointed out, there are two aspects to this: the scope of the law and its consistency with the Charter. Those are the two aspects that we would focus on.

I agree with your point about leaving judges some flexibility in their interpretation. In fact they should be allowed great flexibility when it comes to the formulation of certain rules, grounds for defence, etc. However, I do not think it is up to judges to decide on major directions, for one main reason.

When such matters are left up to the judges, they are in fact being left up to the Supreme Court. If the matter is extremely complicated and could entail considerable changes regarding prosecution, then inevitably there will be an appeal which could go up to the Supreme Court. The whole process is extremely expensive and makes for a great deal of uncertainty in the law for many years.

Although this has not been discussed by our committee, I personally am in favour of leaving it up to judges to decide that a case should not be dealt with under criminal proceedings, as long as there is a rule that after an acquittal, there can be no appeal. Otherwise, Canadians would be faced with incredibly high legal fees. It isn't everyone who can afford to take a case all the way to the Supreme Court, and that is the difficulty we are currently facing with respect to too many aspects of the criminal law.

[Texte]

Mr. Laporte: I'm still not sure if that's a reason not to have a preamble, because certainly a whole host of sections have been, are continuing to be and will be appealed right up to the Supreme Court. Parliament should not be defining things so tightly, and even if they weren't defining things tightly, there still are going to be appeals, I think. So that's interesting, but I'm not sure if I—

Me Viau: Pour ma part, je ne pense pas qu'on doive laisser les questions politiques difficiles à la discréction des juges.

Mr. Laporte: I know. I'm sorry, I hate to spend time on this, but maybe it's worthwhile. It seems to me that it is taking a strong stand for Parliament to say that criminal law should only be used in circumstances where other means of social control are inadequate or inappropriate. It's giving a direction to a court. That's taking a tough stand instead of saying we're going to toss our hands up on this thing.

Me Viau: Que faites-vous dans le contexte de la violence conjugale? Allez-vous conclure qu'il y a d'autres mécanismes sociaux pour régler le problème? Qu'il serait beaucoup mieux de faire en sorte que les hommes violents se soumettent à une thérapie plutôt que de les poursuivre devant les tribunaux?

Mr. Laporte: No, absolutely not. In fact, this is where your argument comes into play. There is some danger in this, but maybe it's an advantage in the sense that it may force Parliament to make some decisions. I don't know what a judge would say. If a judge agrees that a man beating up his wife or whatever the situation might be... First of all, it's unacceptable to society. Secondly, maybe throwing this man in jail will not really help the situation because he will get out of jail and beat her up again. Maybe there should be some other mechanism in place.

But Parliament hasn't dealt with this because they haven't had the courage to deal with it. Maybe things like that would actually have the effect of forcing Parliament to take some direct action.

Me Viau: Qui va en faire les frais?

Who will pay for that,

pendant la période où le juge va dire que le processus pénal n'est pas le meilleur moyen de régler la question de la violence conjugale, en attendant que le parlement fédéral ou provincial trouve la solution miracle pour régler le problème?

• 1630

Mr. Laporte: But we already know that, do we not? We already know that is the fact. We've been waiting for a long time for Parliament to act, and it hasn't acted in a lot of areas. There are other areas of criminal law. For example, it seems to me the way we deal with family law is inappropriate, but we have been waiting for decades for some government to take some action, and it hasn't done it. I'm not sure this is going to make it any—

Me Viau: Mais ne croyez-vous pas que la question, par exemple, de décider si la violence conjugale est un crime est une question qui est et qui doit continuer d'être tranchée par le Parlement et non pas par un juge en fonction de sa propre

[Traduction]

M. Laporte: Je ne suis pas convaincu que cela veuille dire que le préambule n'est pas nécessaire pour autant, car toute une série d'articles du Code criminel ont déjà fait l'objet d'un appel à la Cour suprême, et il y en aura d'autres. Le Parlement ne devrait pas établir des définitions très étroites; même lorsque une définition est large, certaines causes sont néanmoins portées en appel. C'est intéressant, mais je ne crois pas que...

Ms Viau: I don't think that difficult policy issues should be left to the discretion of the judges.

M. Laporte: Je sais. Je suis désolé de passer autant de temps sur cette question, mais je crois que cela vaut la peine. Le Parlement ferait, à mon avis, preuve de fermeté s'il faisait valoir que l'on ne devrait pas invoquer le Code criminel que si d'autres mesures de contrôle social s'avèrent insuffisantes. Ce serait un message très clair pour les tribunaux. En ce faisant, nous donnerons un exemple de fermeté au lieu de nous dérober à nos obligations.

Ms Viau: What about marital violence? Are you saying that there are other social mechanism for solving that problem? Or that instead of taking violent men to court, it would be much better for them to have therapy?

M. Laporte: Non, pas du tout. En fait, les arguments que vous avez vous-même soulevés sont valables à ce niveau. Même s'il y a certains risques, c'est peut-être utile car le Parlement serait obligé de prendre des décisions. Je ne sais pas quelle serait la conclusion d'un juge. Si un juge est d'accord que lorsqu'un homme bat sa femme, ou si... D'abord, c'est inacceptable pour notre société. Deuxièmement, si l'homme est emprisonné, il va peut-être battre sa femme une fois qu'il sera libéré. Il faudrait mettre en place d'autres mécanismes.

Mais le Parlement n'a pas réglé cette question parce qu'il n'a pas eu le courage de le faire. Ce genre de cas pourrait obliger le Parlement à prendre les devants.

Ms Viau: Who will pay?

Qui va payer,

if the judge decides that the criminal court is not the best place for resolving domestic violence, and if we must then wait for the federal or provincial parliaments to come up with the answer?

M. Laporte: Mais nous savons, n'est-ce pas, que c'est le cas. Nous attendons depuis longtemps que le Parlement passe à l'action dans bon nombre de dossiers. D'autres aspects du droit pénal doivent être examinés. Par exemple, à mon avis, le droit familial laisse à désirer, mais nous attendons en vain depuis des dizaines d'années pour qu'un gouvernement passe à l'action. Je ne sais pas si l'on va pouvoir...

Ms Viau: But don't you think that when it comes to deciding whether marital violence is a crime or not, it should still be up to Parliament to decide and not the judges who, based on their own perceptions, may think it a serious matter

[Text]

perception et de ce que, lui, considère comme étant quelque chose de grave ou quelque chose qui, au contraire, ne l'est pas parce que cela se passe entre les quatre murs d'un domicile privé?

Notre position, au Barreau du Québec, c'est que ces questions, aussi difficiles soient-elles, sont des questions qui doivent être tranchées par le Parlement et qu'on ne doit pas laisser trop de latitude au système judiciaire sur ces questions.

Mr. Laporte: I know my time is up, but I want to ask just one more question, if I could, on this consent-to-death situation. Again you say it is up to Parliament. Do you think Parliament should act with respect to a specific section of the Criminal Code dealing with mercy killing? Should we be dealing with, and should we have, a section specifically on that area?

Me Viau: Je crois que oui, pour ma part. Je crois que c'est une question, encore là, qui est difficile; mais en tant que québécoise et compte tenu des dispositions que nous avons dans le Code civil du Québec—nous avons des dispositions qui, à la limite, sont contradictoires—je pense que la question doit être tranchée.

Et c'est une question qui comporte également un jugement de valeur face à notre société. J'ai parfois entendu des médecins qui vont dire que l'acharnement thérapeutique, dans le fond, est un mécanisme de torture moderne.

C'est sûr que ce sont des questions qui peuvent être difficiles. Où fixer exactement la ligne? Dans quelles circonstances il pourrait y avoir abandon de traitement? Cela doit être tranché. Lisez les causes que nous avons mentionnées dans notre mémoire à cet égard: l'affaire Nancy B. a été largement publicisée; l'autre l'a été beaucoup moins.

L'autre affaire est une situation assez pathétique d'un quadriplégique, jeune, une trentaine d'années, je crois, père de famille, qui n'en peut plus de vivre sur son lit roulant, qui voudrait qu'on le laisse mourir, qui voudrait faire une grève de la faim et qui demande que lorsqu'il va devenir inconscient ou quelque chose du genre, on ne le nourrisse pas artificiellement. C'est une question extrêmement difficile, beaucoup plus difficile, à mon avis, que celle de Nancy B.

Mais je pense que le Parlement doit effectivement s'attarder à cette question et se demander jusqu'où va le respect du droit à la vie. Est-ce qu'on doit dire «oui» aux médecins, «vous pouvez faire cela» ou au contraire «non». Vraiment, le respect de la vie humaine exige qu'une telle personne vive même si c'est une vie difficile. Il me semble que cela devrait être fait à ce niveau-là et non pas sur une base ponctuelle dans chacun des cas, et ce, par une procédure judiciaire, en demandant à M. le juge ou M^{me} la juge X de trancher cette question, lors d'un cas concret, d'une situation très pathétique.

Il me semble que des règles qui seraient fixées par des gens qui ont une morale mais qui ont aussi plus de recul face à des cas concrets, cela dis-je, pourrait être une bonne chose dans notre société; mais c'est une tâche très difficile.

The Chairman: Thank you, Mr. Laporte. Thank you very much, Mrs. Viau. Your brief is comprehensive. It is clear you understand your brief and the whole area you discussed very well, and it will be most helpful to us as we try to come up

[Translation]

or, on the contrary, just something that goes on behind closed doors and in a private home?

The position of the Barreau du Québec is that as difficult as these questions are, it is up to Parliament to decide and that the legal system should not be given too free a hand in these matters.

M. Laporte: Je sais que mon temps de parole s'est écoulé, mais si vous me le permettez, je vais quand même poser une dernière question sur cette question du consentement à la mort. Vous dites, encore une fois, que c'est au Parlement de trancher. Pensez-vous que le Parlement devrait aussi trancher en ce qui concerne l'article du Code criminel sur l'euthanasie? Faut-il un article précis sur cette question?

Ms Viau: Yes, I do. Again, this is a difficult question. However, because I am a Quebecer and because some of the provisions of our Civil Code may be contradictory, I think this question must be settled.

It implies a value judgment with respect to our society. I've heard some doctors say that aggressive therapy is in fact a modern method of torture.

These questions are obviously very difficult. Where exactly do you draw the line? Under what circumstances should treatment stop? This has to be settled. Read the cases that we mention in our brief: the Nancy B. case got a lot of media attention, while the other did not.

The other concerns the rather sad case of a quadriplegic man, a young father in his thirties, I believe, who has had enough of his bed on wheels, and who would like to be left to die. He wants to go on a hunger strike and has asked that he not be fed artificially if he falls unconscious. This is an extremely difficult matter, much more difficult in my opinion, than the Nancy B. case.

I do think that Parliament should deal with this issue and consider just to what extent the right to life is to be respected. Should doctors be told that they can go ahead and do that, or not? In fact, according to the principle of respect for human life, a person such as the young man I just mentioned should continue to live even if that life is difficult. It seems to me that a decision should be taken on that level, rather than there being case-by-case decisions from the courts with judges being asked to render a decision in particular very sad cases.

In my view, society would gain if rules were set by upstanding people who are not involved in individual cases. It is a very difficult task.

Le président: Merci, monsieur Laporte. Merci beaucoup, madame Viau. Votre mémoire porte sur un grand nombre de questions intéressantes. Il est évident que vous comprenez très bien tous les aspects que vous soulevez, et que votre

[Texte]

with a series of recommendations for the minister. Then the minister will decide how large a bite she wants to take, and we will end up with a bill. At that time, I am sure you will be invited back to tell us how well she or we have done. Thank you.

[Traduction]

mémoire nous sera très utile dans la formulation de nos recommandations à la ministre. La ministre va devoir décider jusqu'où elle veut aller, et elle va devoir déposer son projet de loi. Vous serez, j'en suis certain, convoqué de nouveau pour nous faire part de vos observations sur le projet de loi déposé à ce moment-là. Merci.

• 1635

Me Viau: Ce sera un grand plaisir pour nous. Merci, monsieur le président.

Me Simard: Merci.

The Chairman: I would ask our next group of witnesses to come forward, please: Jane Pepino and Susan McCree Vander Voet. Colleagues, our next witnesses are from the Metro Action Committee on Public Violence against Women and Children, otherwise known as METRAC. Jane Pepino needs no introduction to this committee. Welcome, Jane and Susan.

Ms N. Jane Pepino (President, Metro Action Committee on Public Violence Against Women and Children): Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: Your recommendations on the temporary absences program got into law more quickly than any other recommendations I have ever seen in my entire life anywhere.

Ms Pepino: We are delighted, thank you.

The Chairman: Would you be kind enough to introduce your colleague and then go straight into your presentation.

Ms Pepino: I would, indeed. Thank you, Mr. Chairman and members of the committee. It is nice to be back, and thank you for your kind greeting. Sitting with me is Susan McCree Vander Voet, who is the Acting Executive Director of METRAC and has been for about the last year since our executive director was seconded to this government for the National Panel on Violence.

Perhaps I could give you a brief background on METRAC, so that you understand the perspective we bring this afternoon to our brief. We will be filing a brief with your clerk in a day or two. Given particularly the events of last evening, we were delighted to have to make some revisions.

The Metro Action Committee was founded in 1985 by the council of the Municipality of Metropolitan Toronto to implement the recommendation to the task force that had been undertaken some two years prior to look into the whole broad range of causes of violence against women and children, and to make recommendations about how best to tackle those through our social institutions, our justice institutions and education. Basically, we were charged with advising government on what it was government could do. Our goals since that time have been to implement the recommendations of the task force in six different areas, one of which has to do with the criminal justice system.

We are an all-volunteer board. The board has on it lawyers such as myself, medical doctors who practise in the area of women's reproductive health, psychiatrists. The founder of the Toronto Rape Crisis Centre is a member of

Ms Viau: It would be our pleasure. Thank you, Mr. Chairman.

Ms Simard: Thank you.

Le président: J'invite notre prochain groupe de témoins à se présenter: Jane Pepino et Susan McCree Vander Voet. Chers collègues, nos prochains témoins viennent du Metro Action Committee on Public Violence Against Women and Children, ou METRAC. Ce n'est pas la première fois que Jane Pepino témoigne devant notre comité. Bienvenue, Jane et Susan.

Mme N. Jane Pepino (présidente, Metro Action Committee on Public Violence Against Women and Children): Merci, monsieur le président.

Le président: Les recommandations que vous avez faites sur le programme d'absence temporaire ont été intégrées dans la loi très rapidement. C'est sans précédent.

Mme Pepino: Nous en sommes très heureuses, merci.

Le président: Veuillez nous présenter votre collègue, et ensuite, passer tout de suite à votre exposé.

Mme Pepino: Très bien. Merci, monsieur le président, membres du comité. C'est un plaisir pour moi de revenir devant ce comité. Je vous remercie de votre accueil chaleureux. Mon collègue s'appelle Susan McCree Vander Voet, elle est directrice générale suppléante de METRAC depuis à peu près un an. Elle remplace notre directrice que le gouvernement a invitée à siéger sur le Groupe de travail sur la violence faite aux femmes.

Permettez-moi de vous parler brièvement de METRAC pour mieux situer les arguments présentés dans notre mémoire. Nous allons déposer un mémoire auprès du greffier dans quelques jours. Étant donné ce qui s'est passé hier soir, nous sommes ravies de pouvoir y apporter des révisions.

La Municipality of Metropolitan Toronto a formé le Metro Action Committee en 1985 pour mettre en application les recommandations du groupe de travail qui, depuis deux ans, étudiait les causes de la violence faite aux femmes et aux enfants, et qui devait formuler des recommandations quant au rôle des institutions sociales, juridiques et d'enseignement, dans la recherche d'une solution de ces problèmes. Nous avons comme mandat de conseiller le gouvernement. Notre objectif est de mettre en application les recommandations faites par le groupe de travail dans six domaines différents, dont notamment le droit pénal.

Notre conseil est composé d'avocats, dont moi, de médecins oeuvrant dans le domaine de la gynécologie, et de psychiatres. Nous travaillons tous à titre bénévole. La personne qui a fondé le Toronto Rape Crisis Centre siège

[Text]

our board. We have executives in business, entrepreneurs, educators, including a university professor in the past and a director of one of the large boards of education within metropolitan Toronto. I think we have a broad range of skills on our all-volunteer board.

[Translation]

également sur le conseil. Aussi, des représentants du secteur des affaires, des entrepreneurs, des enseignants—d'ailleurs, un professeur d'université a déjà siégé avec nous—ainsi qu'un directeur d'une des principales commissions scolaires de la région métropolitaine de Toronto siègent tous sur notre conseil. Donc, les membres du conseil, tous des bénévoles, ont des compétences très variées.

Our accomplishments have included things as concrete as working with the police force in metropolitan Toronto to set up training systems for them, to aid them better in responding to sexual assault victims, and dealing with the TTC on issues of urban safety for women. The yellow strip is a METRAC initiative with the TTC, designated waiting areas and the like.

Parmi nos réalisations, nous avons, de concert avec la police de Toronto, créé des cours de formation qui permettront aux policiers de mieux répondre aux besoins des victimes d'agression sexuelle. Nous avons aussi travaillé avec les services de transport en commun de Toronto, la TTC, au niveau de la sécurité des femmes. C'est grâce à cette collaboration que nous avons pu mettre en place l'initiative de la bande jaune et l'établissement d'endroits sécuritaires, etc.

We of course also get involved in policy initiatives. We have undertaken over the last number of years intensive research with regard to sentencing in sexual assault cases, which has, I think, been cutting-edge research in Canada, and we have shared that with various levels of government, including this one, to assist in your policy deliberations. Two of our members, for example, also sat on the recent task force of the Ontario College of Physicians and Surgeons, looking into breach of trust and sexual assault by doctors of their patients.

Nous travaiillons aussi, bien sûr, au niveau des politiques. Depuis quelques années, nous avons effectué des recherches approfondies sur les peines imposées dans les cas d'agression sexuelle. Ces recherches, à mon avis, étaient les premières du genre au Canada. Nous avons partagé le fruit de nos recherches avec les différents paliers gouvernementaux, dont le gouvernement fédéral, dans la formulation de leurs politiques. Deux de nos membres ont également siégé sur le Groupe de travail de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario, qui a récemment étudié le dossier d'abus de confiance et d'agression sexuelle entre les médecins et leurs patients.

It is that kind of background, therefore, that we bring to the table this afternoon. I should be very fair and frank in stating up front that our perspective is that of people who identify the issues that most jeopardize the safety of women and children, and who advocate change based on the notion that if our communities are safe for women and children they will be safe for everyone.

Voilà donc le genre d'expérience que nous avons. Permettez-moi de vous signaler très franchement d'entrée de jeu que nous nous intéressons d'abord à la sécurité des femmes et des enfants; nous préconisons certains changements selon le principe que si la sécurité des femmes et des enfants est assurée, la sécurité de tout le monde sera également assurée.

We work on the notion that if our justice institutions served women and children well, then crime would be reduced because those people would report more often, we would give better assistance, people would be apprehended and convicted. We work on the notion as well—and we bring to you our perspective—that if our laws recognized more accurately the reality of women's lives, they would better reflect the social mores of our nation as we sit here today in 1992. It is therefore why we are so pleased that you are undertaking this codification and showing again the government's initiative in trying to upgrade and update the laws.

Selon nous, si les institutions judiciaires protègent efficacement les femmes et les enfants, le taux de criminalité sera réduit d'autant, car un plus grand nombre de personnes porteront plainte, nos services seront améliorés, et les responsables des agressions sexuelles seront arrêtés et traduits en justice. Nous sommes également de l'avis que si nos lois reflétaient mieux la réalité de la vie des femmes, ces mêmes lois refléteraient plus exactement les moeurs sociaux de notre pays en cette année de 1992. C'est pourquoi nous sommes ravis que vous ayez entrepris cette recodification; c'est une autre manifestation de la détermination du gouvernement à améliorer et mettre à jour les lois du pays.

• 1640

Susan and I were talking about it before we came in: we would like to extend our personal thanks to you, as representatives of parliamentarians of all parties, for Bill C-49. That is just wonderful news, and that is exactly the kind of rethinking and testing of what the Canadian people want and converting it into law of which we are very supportive.

Susan et moi en avons parlé avant d'entrer. Nous voulons personnellement vous remercier, vous qui représentez les députés de tous les partis, pour le projet de loi C-49. C'est une excellente nouvelle. C'est précisément ce qu'il faut faire: repenser les principes, vérifier ce que les Canadiens veulent, et traduire ces réflexions en mesures législatives que nous appuyons tout à fait.

The consultation process that led to Bill-49 is an important step, and an important first step in our judgment, because that also can serve as a model, going even beyond the kind of consultation that is traditional, such as this

Les consultations qui ont abouti au projet de loi C-49 constituent une première étape importante selon nous parce qu'elles peuvent servir de modèle à une formule qui va au-delà de la consultation traditionnelle telle que représentée

[Texte]

committee, and entering into other realms of consultation, as was undertaken by the minister in that regard. We would therefore urge, as primary to our brief, that you adopt that same approach when considering the Criminal Code—that is, you determine what the values are and you then craft the laws to capture those values, instead of simply reorganizing the old approaches—and, secondly, that you do so in consultation.

Susan would now like to address our joint position on the issue of a preamble, and we'll job-share the sections of our presentation in that way.

Ms Susan McCree Vander Voet (Executive Director, Metro Action Committee on Public Violence against Women and Children): I'm very pleased to be here. It's a wonderful opportunity to rethink a set of laws that have not always served women's and children's interests well.

You may know that women and children are victims of violent sexual crimes 90% of the time, and probably are victims of violent crimes to an even greater extent because the majority of violent crimes against them are not reported. A child welfare agency in Toronto recently reported to us that 96% of all child sexual abuse cases that are reported to them and that they verify never make it to court. That means only 4% do. The message that conveys to children and to others seeking help is that the legal system does not care about them and that the law will not protect them.

At present the structure and procedures are also such that they often do further damage to those who turn to the legal system expecting justice. This is particularly true in the case of sexual violence.

We hope that Bill C-49 will address some of those issues.

In terms of the preamble, we support the inclusion of a preamble in the Criminal Code, in the same way as we supported its inclusion in Bill C-49. We feel that it will serve the same useful purposes: that it will explain the intent of the law and reduce the discretion available to those who administer the legal system. Our experience has been that where there is discretion in the legal system, it frequently is used counter to the interests of women and children.

We would recommend many changes to the proposed draft. For instance, we would like to see a stated connection that it will be applied in a manner consistent with the equality rights provisions of the Charter of Rights and Freedoms and that the criminal law must also serve the interests of social justice as well as social control.

Should you wish a more detailed explanation of what we would like to see included in a preamble, we can certainly provide this to you. We have several recommendations about both of the preambles we were sent to review.

Ms Pepino: We have also had an opportunity to review some of the background work with regard to areas of interest and discussion in this committee. Frankly, only a few are of any interest to us, bringing the perspective we have, but there are things that we noted more by the fact that they were missing. Therefore there is a list of things we would ask this committee to consider for codification within the Criminal Code.

[Traduction]

votre comité. Je veux parler des consultations entreprises par la ministre. Nous vous suggérons donc fortement de procéder de la même façon pour l'étude du Code criminel, c'est-à-dire déterminer quelles sont les valeurs importantes, puis rédiger les lois en fonction de celles-ci au lieu de simplement reformuler les vieux principes. Tout cela doit se faire en consultant les intéressés.

Susan va maintenant vous expliquer notre position commune au sujet d'un préambule, et nous allons vous présenter à tour de rôle les diverses parties de notre mémoire.

Mme Susan McCree Vander Voet (directrice générale, Metro Action Committee on Public Violence Against Women and Children): Je suis très heureuse d'être ici. C'est une occasion fantastique de repenser une série de dispositions qui n'ont pas toujours bien servi les intérêts des femmes et des enfants.

Vous savez certainement que dans 90 p. 100 des crimes sexuels avec violence qui sont commis, les victimes sont des femmes et des enfants. Cette proportion est probablement plus grande encore étant donné que la majorité de ces crimes ne sont pas déclarés. Un service d'aide aux enfants de Toronto nous a récemment affirmé qu'après vérification, 96 p. 100 de tous les cas d'abus sexuel d'enfants qui lui sont signalés ne font pas l'objet de poursuites. Autrement dit, il y a poursuite dans 4 p. 100 des cas seulement. Ce que cela veut dire pour les enfants et les autres qui demandent de l'aide, c'est qu'ils indiffèrent le système judiciaire et que la loi ne les protège pas.

La structure et les procédures actuelles sont telles qu'elles font souvent plus de tort que de bien à ceux qui demandent justice. C'est particulièrement vrai dans les cas de violence sexuelle.

Nous espérons que le projet de loi C-49 réglera certains de ces problèmes.

Pour ce qui est d'un préambule, nous sommes pour qu'il y en ait un dans le Code criminel, tout comme nous étions pour un préambule dans le projet de loi C-49. Il aura la même utilité: préciser l'esprit de la loi et délimiter le pouvoir discrétionnaire de ceux qui administrent le système judiciaire. D'après notre expérience, ceux qui ont un pouvoir discrétionnaire s'en servent souvent au détriment des intérêts des femmes et des enfants.

Nous voulons recommander bien des changements. Par exemple, il serait préférable de préciser que le code sera appliqué conformément aux dispositions de la Charte des droits et libertés garantissant les droits à l'égalité et que le droit pénal doit autant servir les intérêts de la justice sociale qu'exercer un contrôle social.

Si vous voulez une explication plus détaillée de ce que nous souhaiterions voir dans un préambule, nous vous la fournirons. Nous avons formulé plusieurs recommandations sur les deux préambules que l'on nous a fait parvenir.

Mme Pepino: Nous avons également eu l'occasion d'examiner certains des documents de travail dans les secteurs intéressant le comité. Très franchement, quelques-uns seulement nous intéressent étant donné notre point de vue, et ce sont surtout les omissions qui nous ont frappés. Par conséquent, nous avons une liste de choses que le comité devrait songer à inclure dans la codification du Code criminel.

[Text]

[Translation]

• 1645

The first has to do with the spoken word and is what I call verbal assault. It runs the gamut from sexual harassment—I recognize that sexual harassment is enshrined traditionally in provincial human rights codes and I'm not necessarily talking of that kind of civil sexual harassment. Instead, I am talking about the kind of verbal harassment that is up to, but not quite, a threat, is assaultive, is terrorizing, and is the kind of thing that at present, if it is based on gender or on race, the police can do nothing; there is no crime. It is that verbal assault, both as to gender and as to race—and I include racial harassment as something we believe should be formulated as a crime because it is on the spectrum that ratchets upward to threats of violence.

Again, we don't feel comfortable at this point in recommending what those definitions might be. On racial harassment, for example, we would urge a consultation with representatives of black and visible minority persons and aboriginal groups. With regard to sexual harassment there are a variety of women's groups that, again, would be happy to proffer assistance in any fashion they could to the government, similar to that given on Bill C-49.

Also at the far end of that spectrum comes the threat of violence. At the present time, threats of violence can rarely be acted on by the police. They constitute something that is almost codified within the law, but is done in such a way that the police advise time and time again that they cannot take action and do not exercise their discretion in that regard because convictions, given the language and the wording, are so hard to secure.

It's the threats of violence that are particularly terrorizing for women who are later killed. If they have found a way to break out of the cycle of domestic violence, their abusing spouses will follow them and threaten them, yet the police can do nothing. They cannot make an arrest, and even if they do make an arrest, going out on a limb, arresting that person and putting him into custody until a bail hearing the next day, the best that can be done is a peace bond, which is no protection whatsoever.

If, on the other hand, a conviction could be registered and time could be served, then that woman's life may well be saved in that respite period, during which she could, perhaps unfortunately, leave that community and relocate and find a new identity for herself.

It's the threats of violence that it has not been possible to act on that have been the sad and sorry precursor to so many deaths of women. We believe this entire spectrum—and certainly threats—should be codified and very clearly dealt with.

The next aspect that we would ask be codified—and again, this suggestion is taking a clue from the way Bill C-49 addressed the issue, but I think it is properly codified in the Criminal Code—has to do with breach of trust. Bill C-49 says it's not good enough to imply consent by having a third person and that you cannot imply consent because you're in a position of power. If you take that statement and turn it over, taking the flip side, you have circumstances where sexual

Premièrement, il y a les paroles et ce que j'appelle les agressions verbales. Cela peut aller du harcèlement sexuel... Je sais que le harcèlement sexuel se retrouve habituellement dans les lois provinciales sur les droits et libertés, c'est pourquoi je ne veux pas nécessairement parler de ce genre de harcèlement. Je songe plutôt au genre de harcèlement verbal qui ne constitue pas tout à fait une menace, mais qui agresse et qui terrorise. C'est le genre d'action contre laquelle la police ne peut absolument rien à l'heure actuelle si le harcèlement se fonde sur le sexe ou sur la race puisque ce n'est pas interdit. Ce sont ces agressions verbales contre un sexe ou contre une race... J'y inclus le harcèlement fondé sur la race, car nous croyons que ce devrait être un crime puisqu'il peut aller jusqu'aux menaces de violence.

Nous ne nous sentons pas en mesure de recommander certaines définitions en ce moment. Pour arriver à définir le harcèlement fondé sur la race, par exemple, nous vous suggérons de consulter les représentants des noirs, des minorités visibles et des autochtones. Quant au harcèlement fondé sur le sexe, divers mouvements de femmes sont tout à fait disposés à aider le gouvernement, tout comme elles l'ont fait pour le projet de loi C-49.

À l'un des extrêmes de ce harcèlement, il y a la menace de violence. À l'heure actuelle, les policiers peuvent rarement agir lorsque de telles menaces sont proférées. C'est interdit par la loi, mais le libellé est tel que les policiers refusent bien souvent d'agir, d'exercer leur pouvoir discrétionnaire à cet égard, parce qu'il est très difficile d'obtenir une condamnation.

Ce sont ces menaces de violence qui terrorisent surtout les femmes qui sont assassinées par la suite. Celles qui ont réussi à se sortir de la violence conjugale sont souvent poursuivies par leurs conjoints qui les menacent sans que la police puisse intervenir. Les policiers ne peuvent pas les arrêter. Même s'ils osaient procéder à leur arrestation et les amener au poste jusqu'à l'enquête sur cautionnement le lendemain, au mieux le conjoint fautif devra s'engager à garder la paix, ce qui ne protège pas les femmes.

Pourtant, si le conjoint pouvait être condamné à purger une peine d'emprisonnement, ce sursis permettrait peut-être de sauver la vie de la femme puisqu'elle pourrait en profiter, malheureusement peut-être, pour aller s'établir ailleurs et prendre une nouvelle identité.

Ces menaces de violence contre lesquelles on n'a rien pu faire ont souvent précédé la mort de la femme. Nous croyons que tous ces comportements—y compris les menaces, évidemment—devraient être expressément interdits par le code.

Ce que nous aimerais aussi retrouver dans le Code criminel, ce sont les abus de confiance. Cette suggestion découle encore une fois du projet de loi C-49, mais je trouve que ces dispositions devraient faire l'objet de codification. D'après le projet de loi C-49, on ne peut pas déduire le consentement si l'accord est manifesté par un tiers ni si l'accusé abuse de son pouvoir. À l'inverse, dans certaines circonstances, l'agression sexuelle peut être commise par

[Texte]

assault may be perpetrated by someone as a result of an abuse of breach of trust or a physical assault. For example, a babysitter, who has been trusted by the parents, then physically assaults their children.

In our submission, that breach of trust should be an additional charge—not simply of a charge of assault, but also the charge that speaks to the fact that the trust has been broken. If it results in criminal action or if the breaking of the trust is used for the purpose of a criminal act, that too should be a crime.

Again, the argument goes down to the basis the mores of our country now speak to, and we have such a burgeoning body of knowledge now with regard to the effects of breach of trust and to how it aggravates the criminality of another act, particularly in its effect on a victim.

Next, we would ask that you give consideration to the setting up of spousal assault or assault by an intimate partner as a separate crime, so that you have assault, ABH—assault and bodily harm—or common assault, and that can be section 123, but section 124 is spousal assault. This is for a number of reasons.

One is the educational reason that the Criminal Code is intended to serve. It shows that this government and Parliament hold that act specifically as a criminal act.

• 1650

Second and equally important—and I'm sorry to be so practical about it—we are finally being blessed with the position that in some provincial jurisdictions police are being instructed to mandatorily charge abusing spouses. But we cannot get at the statistics. There is no way of sorting out the assault and bodily harm in spousal abuse from the assault and bodily harm outside the bar on a Friday night.

So for those of us who are trying to do research, for those of you who are trying to assess whether your laws are working well, whether there is money being well spent on a particular government initiative, by simply pulling it out as a separate codification and a separate crime, I think those two goals could very easily be satisfied.

Next, and flowing from the former, I have taken a look at the definition or the discussion with regard to defences that is in this background document. It is silent on what we now know is being accepted by the courts as the battered wife syndrome as a defence. We would ask that the defence definitions be enlarged to recognize and enshrine the battered wife defence. As it sits in your green book at the moment, it still has and would repeat the old rules that were in judicial interpretation that you had to be under immediate threat of physical harm, and we now know the law has moved beyond that in recognition of the cycle of violence that battered wives face.

Finally, we would ask you to consider, just as you did with drunk driving, for example, the same kind of format and the same kind of approach for spousal assault so that it's effectively what in civil law would be called strict liability.

[Traduction]

quelqu'un qui abuse de la confiance ou qui se livre à des voies de fait. Par exemple, une gardienne obtient la confiance des parents puis agresse leurs enfants.

Dans notre mémoire, nous suggérons que l'abus de confiance constitue une accusation de plus. Il ne faut pas porter uniquement une accusation de voies de fait, mais aussi une accusation indiquant que l'accusée a abusé de la confiance qu'on lui avait accordée. Si l'abus de confiance sert à commettre un acte criminel, le fait d'abuser de cette confiance devrait être un crime en soi.

Nous appuyons nos arguments sur les moeurs actuels au pays. Nous avons de plus en plus de connaissances sur les conséquences d'un abus de confiance. Nous savons maintenant qu'un tel abus agrave les circonstances d'un crime, surtout à cause de son effet sur la victime.

Nous vous demandons également de songer à créer un crime distinct pour les cas de voies de fait contre un conjoint ou d'agression par un intime. Ainsi, les voies de fait avec préjudices corporels ou voies de fait simples pourraient être l'article 123 et les agressions par un conjoint, l'article 124. Nous avons plusieurs raisons de faire cette suggestion.

Premièrement, c'est parce que le Code criminel a aussi un but éducatif. On montrerait ainsi que le gouvernement et le Parlement trouvent cet acte criminel.

Deuxièmement—et vous m'excuserez d'être aussi pragmatique—certaines provinces ont finalement donné ordre à leurs policiers de porter obligatoirement des accusations contre les conjoints violents. C'est une vraie bénédiction. Malheureusement, il nous est impossible d'obtenir des statistiques afin de savoir lesquels parmi les voies de fait avec lésions corporelles sont le résultat de la violence conjugale ou d'une rixe à la sortie d'un bar, le vendredi soir.

Pour ceux d'entre nous qui veulent faire des recherches, qui tentent d'évaluer si vos lois sont efficaces, si l'argent consacré à un projet gouvernemental donné est bien utilisé, il faudrait créer une infraction distincte. Ce sont deux objectifs qui pourraient être facilement atteints.

Troisièmement, j'ai réfléchi à ce que l'on écrit sur les moyens de défense dans ce document de travail. Il n'y a pas un mot sur le syndrome de la femme battue, que les tribunaux acceptent maintenant comme moyen de défense. Nous demandons que les définitions soient élargies afin de reconnaître expressément et d'incorporer ce moyen de défense. Ce que prévoit le livre vert à l'heure actuelle reprend simplement les vieilles règles d'interprétation judiciaires selon lesquelles il faut être en danger immédiat de préjudice corporel. Or, nous savons que le droit va maintenant plus loin puisqu'il reconnaît le cycle de la violence dont sont victimes les femmes battues.

Quatrièmement, nous vous demandons de songer à appliquer à la violence conjugale les mêmes règles qu'à la conduite avec facultés affaiblies afin qu'il y ait ce que l'on appelle en droit civil la responsabilité obligatoire. Ainsi, les

[Text]

That is, police must charge—a mandatory charge—and on a first conviction there is a sentence, and on a second conviction there is another much larger sentence, and there is no discretion in that regard with regard to spousal assault. We would ask that this be put into the code, and again that is complementary to and consistent with much of what we're seeing happen. Unfortunately, there are still jurisdictions across this country where from an implementation point of view the determination of certain other jurisdictions to deal with the issue of spousal assault—and, indeed, the determination of this Parliament—is not being handled with the same alacrity and it's not being clearly stated that it should be something that is very severely dealt with.

Those then is the list of additional matters we would ask you consider to be included in codification. Susan now has some submissions to you with regard to the issue of sentencing.

Ms McCree Vander Voet: There is a great deal we could say about sentencing. But I am a little concerned about the time we have available and wanting to make the best use of it. Could you tell me how much time we have?

The Chairman: We like to adjourn by 5.30 p.m.

Ms McCree Vander Voet: And we're the last group presenting?

The Chairman: Yes.

Ms McCree Vander Voet: Fine. Sentencing is a concern to us because in some of the areas of the Criminal Code that most directly affect us there are no guidelines for sentencing, such as in sexual assault. Even Bill C-49 does not address sentencing.

What happens when sentencing guidelines are not provided is that, of course, it's very discretionary. We've been reviewing sentencing decisions now in sexual assault convictions for a number of years and have observed a number of patterns, including that sentencing for crimes of violence, especially sexual crimes, is totally at the discretion of individual judges. There are no guidelines for sentencing and it's very arbitrarily handled, often based on false premises and a good deal of mythology about victims in general and women in particular. Because of this, the sentencing itself and the factors that are considered by the judge before passing sentence are open to biases of sexism, racism, and other prejudices, like the belief that victims who are disabled are less credible or that the harm to them is less serious.

We have a number of recommendations to make specifically about sentencing and other biases that are regularly reflected. What we're really getting to is that we want sentencing systematized in relation to some of the areas that we want included in the code. We want to get around issues like judges considering that sexual assault is not a crime that produces long-term effects because women and children will get over it. We want to avoid consideration, in cases of sexual abuse of children, that the family unit is considered the victim rather than the child, denying the suffering and traumatizing that the child has experienced. We want to get around mothers of children in sexual abuse by

[Translation]

policiers seraient obligés de porter des accusations et dès le premier verdict de culpabilité, on imposerait une peine. La deuxième fois, la peine serait beaucoup plus sévère. À l'heure actuelle, il n'y a pas une telle latitude en cas d'agression par un conjoint. Nous voudrions que cela soit précisé dans le code puisque cela va dans le sens de ce qui se passe maintenant. Malheureusement, certaines provinces ne sont pas aussi empressées que d'autres à suivre les précédents des autres instances dans les cas d'agression par le conjoint, pas plus d'ailleurs que les décisions du Parlement. De plus, on ne dit clairement nulle part que c'est un acte qui devrait être sévèrement puni.

C'était la liste des autres crimes qui devraient figurer dans le Code criminel. Susan va maintenant vous présenter quelques réflexions au sujet des sentences.

Mme McCree Vander Voet: Il y a beaucoup à dire sur la détermination de la peine. J'aimerais bien savoir combien de temps il me reste afin de pouvoir l'utiliser à bon escient.

Le président: Nous voudrions lever la séance à 17h30.

Mme McCree Vander Voet: Sommes-nous les derniers témoins?

Le président: Oui.

Mme McCree Vander Voet: Très bien. La détermination de la peine nous inquiète particulièrement parce que dans la plupart des dispositions du Code criminel qui nous touchent le plus directement, il n'y a aucun paramètre pour les sentences à imposer, par exemple en cas d'agression sexuelle. Même dans le projet de loi C-49, il n'y a rien sur la détermination de la peine.

Quand une telle chose se produit évidemment, on a carte blanche. Nous avons étudié les peines imposées à ceux reconnus coupables d'agression sexuelle et nous avons fait plusieurs constatations, notamment que les peines pour les crimes violents, surtout de nature sexuelle, sont laissées à l'entière discrétion des juges. Il n'y a absolument aucun repère et les peines sont fixées très arbitrairement, reposent souvent des prémisses fausses et sur une foule de mythes sur les victimes en général et les femmes en particulier. Pour cette raison, la détermination de la peine même et les considérations dont le juge doit tenir compte avant de prendre sa décision sont teintées par le sexism, le racisme et d'autres préjugés, notamment la conviction que les victimes handicapées sont moins crédibles ou que les préjudices à leur endroit sont moins graves.

Nous présentons une série de recommandations sur la détermination de la peine et sur les autres parties pris que l'on retrouve souvent. Autrement dit, nous voulons que soient systématisées les peines imposées pour certaines infractions que nous souhaiterions retrouver dans le Code criminel. Nous ne voulons plus que les juges déterminent la peine en pensant que l'agression sexuelle n'entraîne aucun préjudice à long terme puisque les femmes et les enfants s'en remettent généralement. Nous voulons éviter que, dans les cas où des enfants sont victimes d'abus sexuels, toutes la cellule familiale soit considérée comme une victime plutôt que l'enfant seulement, ce qui consiste à nier la souffrance et

[Texte]

fathers being blamed for not protecting the child, and victim-blaming in general.

• 1655

Specifically, we have some concrete recommendations about sentencing. Actually, we have some recommendations for other things, as well as sentencing, that we would like to be included in the code, such as the provision for legal representation to be available to victim survivors of violent crimes, the victim witnesses who appear in court. We feel it is crucial that they be represented and that their representation have equal status with that of the crown and defence counsels, whether inside the courtroom or outside. This principle needs to be entrenched in the Criminal Code.

In addition to that, we want to get around the situation, which we're experiencing right now in the greater metropolitan area, of extreme harassment of victim witnesses in sexual assault hearings, including the subpoenaing of anyone that she has contacted for assistance and support, including lawyers from legal clinics, counsellors, and support workers in rape crisis centres, and medical staff in hospitals, with whom she has consulted. We would like something in the code that would protect the interests of those people and the interests of victim witnesses.

Guidelines for sentencing in terms of sexual assault, and certainly in the area of spousal assault and intimate partner assault, would be needed as well if those are added to the code. We need guidelines for sentencing sex offenders to be tied to a number of factors, which include the threat to public safety, the number of offences committed, repeat offences, and the prognosis for rehabilitation. We would hope to see in the new code progressive sentencing for sex offenders, as Jane referred to in regard to spousal assault, similar in format to that for impaired drivers, where subsequent charges and convictions are treated more seriously and as a more serious threat to the public.

We do have reservations about the effectiveness of most rehabilitation programs for sex offenders and their ability to predict the likelihood of offences being repeated. Our concern for the safety of women and children is at least equal, if not outweighing, the concern for the rights of the offender, and we say this in making the following recommendation: we want to see indeterminate sentences applied until appropriate assessment can be done and a recommendation made to the court regarding the prognosis and time needed for rehabilitation.

Ms Pepino: You may recall that when I was here with the temporary absence review, some three and a half months ago, the concern at that time was that the system to date has always looked at the offence but not at the offender. When looking at the offence, all of the problems that Susan has outlined with regard to misapplication of discretion—was he from a good family and, well, he couldn't have done all those bad things, the man had a good solid job and belonged to a

[Traduction]

le traumatisme que l'enfant a vécu. Nous ne voulons plus que les mères des enfants que les pères ont abusé soient blâmées de ne pas avoir protégé les enfants. Nous ne voulons plus que les victimes soient blâmées en général.

Nous avons des recommandations concrètes à proposer au sujet de la détermination de la peine. Nous en avons aussi d'autres concernant des dispositions à ajouter au code, notamment les services d'un avocat pour les victimes de crimes violents qui doivent témoigner au procès. Il est primordial que celles-ci soient représentées par un avocat et que leur avocat soit sur un pied d'égalité avec les avocats de la Couronne et de la défense, aussi bien à l'extérieur du tribunal qu'à l'audience. Ce principe doit être incorporé dans le Code criminel.

De plus, dans le grand Toronto à ce moment, les victimes d'agressions sexuelles qui sont censées témoigner au procès sont soumises à un harcèlement aigu dont la citation à comparaître de toutes personnes auxquelles elles ont demandé aide et appui, y compris les avocats des cliniques juridiques, les intervenants, les travailleuses des centres de viol, et les médecins dans les hôpitaux. Pour que cela cesse, il faudrait qu'une disposition du Code protège les intérêts de ces personnes et des victimes qui témoignent.

Il faut des lignes directrices pour les peines à imposer en cas d'agression sexuelle, et d'agression par le conjoint ou le partenaire, si ces infractions sont prévues dans le code. Il faut que la peine imposée aux délinquants sexuels soit déterminée en fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment la menace pour la sécurité publique, le nombre d'infractions commises, la récidive, les probabilités de réadaptation. Nous espérons que le nouveau code prévoira des peines progressives pour les délinquants sexuels, ce dont a parlé Jane tout à l'heure à propos des agressions par les conjoints. Elle a dit alors que les peines devaient reprendre la formule retenue pour la conduite avec facultés affaiblies, c'est-à-dire que chaque nouvelle condamnation est perçue comme une menace de plus en plus grave pour la société.

Nous avons quelques réserves quant à l'efficacité de la plupart des programmes de réadaptation destinés aux délinquants sexuels; nous croyons qu'ils permettent mal de prédire la probabilité de récidive. Notre souci, pour la sécurité des femmes et des enfants est au moins égale, sinon plus grand, que le souci des droits des délinquants. Nous voulons donc que des peines indéterminées soient imposées tant qu'il n'aura pas eu une bonne évaluation permettant de conseiller la cour quant à la durée et à la probabilité de succès de la réadaptation.

Mme Pepino: Quand j'ai comparu il y a environ trois mois et demi, lors de l'étude des absences temporaires, j'ai dit être inquiète parce que le système n'avait tenu compte que de l'infraction jusqu'à présent, et jamais du délinquant. Quand on ne tient compte que de l'infraction, tous les problèmes qu'a mentionnés Susan au sujet de l'exercice peu judicieux du pouvoir discrétionnaire—l'accusé appartient à une bonne famille et n'aurait pu faire toutes ces horreurs, il

[Text]

service organization—those sorts of things have drifted into this consideration of the offender. That's issue one.

Issue two is that the judge is left under our existing circumstance, under our existing system, setting a sentence without really knowing how long it's going to take to treat that particular sexual assaulter, or that particular wife assaulter, or to know whether that person is indeed treatable at all.

• 1700

Let's say the corrections system is intended to reduce risk by bringing someone out on the street when they have been improved, rehabilitated, corrected, or whatever word you want to use. Let's also say the criminal justice system is intended to protect people by punishing and taking away from our midst people who have committed criinal acts and theoretically keeping them from doing it again. Given that, we have to know whether someone is treatable. If so, we also need to know how long it's going to take to get him there from the people who are going to be charged with reducing the risk.

It's a very practical kind of approach and it's very consistent with what I recommended in the temporary absence program that is presently under way as a pilot project in the Ontario region.

Let's say we weren't going to have those kinds of linkages or this kind of indeterminate sentence or at least a significant stay in passing sentence until after a complete assessment had been done and the information provided to the judge. In the absence of that system, we go back to the old precepts: she couldn't have been permanently damaged; he didn't break any of her bones.

We have found ourselves, in the existing system, facing the ludicrous result—but I understand why some of the judges are doing it—that a very, very violent or dangerous person or a repeat sexual offender is given two years less a day. This is because the judge feels that with the additional three-year maximum probation that can be tagged on to a provincial sentence, then society will have control over this particular offender for five years. Yes, only two years of it—or up to only two years of it—may well be in incarceration but at least we have a leash on him for another five years. We have to know where he's going to be.

I say there's no need for that. All you have to do is say that for federal sentences we can add probation. Make it a determinate and an indeterminate sentence. You have two choices, and in fact, you might want make both at the same time. You can either do a true indeterminate at the beginning and instruct the judges not to pass sentence until after those people, who are going to be charged with reducing the risk posed by this person through corrections and through treatment, have advised you as to how long it will take. Then you pass sentence. You can also say: "Pass sentence, judge. Give it your best shot. Take all your old rules and make it three, five or seven years, whatever, but add an indeterminate sentence at the end as well." In that way, you'll have an opportunity again to at least monitor.

[Translation]

a un bon emploi stable et fait du bénévolat—toutes ces choses se rapportent en fait à l'accusé. C'est le premier problème.

Le second, c'est que le système actuel laisse carte blanche au juge pour déterminer un peine sans savoir combien de temps il faudra pour soigner l'accusé ni même si l'accusé pourra être soigné.

Supposons que le système correctionnel ait pour but de réduire les risques en ne libérant un détenu que lorsqu'il s'est amélioré, réadapté, amendé—appelez-le comme vous voulez. Supposons aussi que la justice criminelle ait pour objet de protéger les gens en punissant et retranchant de la société ceux qui ont commis des actes criminels et en les empêchant théoriquement de recommencer. Par conséquent, il faut savoir si quelqu'un peut être traité. Le cas échéant, il faut que ceux qui se chargeront de réduire les risques sachent combien de temps il leur faudra et qu'ils nous le disent.

C'est très pragmatique et tout à fait conforme à ce que j'ai recommandé au sujet du programme des absences temporaires, un projet pilote actuellement en cours en Ontario.

Supposons que tous ces liens soient impossibles, qu'il n'y ait pas de peine indéterminée ou du moins qu'il soit impossible d'obtenir avant le prononcé de la sentence un délai suffisant pour permettre une évaluation exhaustive à l'intention du juge. On en revient alors aux vieilles considérations: la victime n'a aucune séquelle permanente puisqu'elle n'a subi aucune fracture.

Je comprends pourquoi certains juges agissent de la sorte, mais la réalité, c'est que nous nous retrouvons avec des personnes extrêmement violentes ou dangereuses ou des délinquants sexuels récidivistes qui reçoivent une peine de deux ans moins un jour. Si les juges optent pour une telle sentence, c'est parce qu'ils croient que les trois années de probation qui viennent s'ajouter à une peine purgée dans un établissement provincial permettront à la société de surveiller le criminel pendant cinq ans. Pourtant, cette personne ne sera emprisonnée que pendant deux années, même si elle sera suivie à la trace pendant cinq ans. Il sera obligé de faire connaître ses allées et venues.

Je prétends que cela est inutile. Il suffirait qu'il soit possible d'ajouter la probation à une peine de plus de deux ans. Proposer une peine de durée déterminée et une autre de durée indéterminée. On aurait ainsi l'alternative, quitte à imposer les deux à la fois. On peut commencer par une vraie peine de durée indéterminée en indiquant au juge de ne pas déterminer la peine tant que les responsables du Service correctionnel et du traitement n'auront pas indiqué le temps qu'il faudra. Ensuite, le juge pourra prononcer la sentence. Si non, les juges devront imposer une peine de trois, cinq ou sept ans en fonction des vieilles règles et ajouter au bout une peine d'une durée indéterminée. Ainsi, on pourra au moins surveiller le délinquant.

[Texte]

I'm a firm believer in community-based corrections. I think we have to go that route. Unless we have decompression and a controlled reintroduction of an offender into the community, we're not going to get anywhere in really doing any long-term good, in my judgment. Having said that, risk must always be the first and threshold question. Unless you have the ability to control that person and to get him back quickly and over a fair length of time if he can't handle the responsibility, then you've given away your last tool for risk control.

It is for that reason, therefore, that we call for indeterminate sentences certainly for sexual assaulters, for those who abuse children physically and sexually and for wife assaulters. That is our perspective. I laid that out clearly in the beginning. You may wish to take that and apply it to other crimes as well. From our perspective, those are the areas where the breaches of trust to the victim are some of the most significant and where the harm done can be the most lasting. When we look at this type of offender, the risk is the highest, and the ability to reduce and remove that risk is the least predictable. For all of those reasons, we make that request of you.

We thank you for your patience and for hearing us today. Let me close, please, by saying that the women's community across this country is so very heartened by some of the steps that Parliament—all parties—have taken over the last couple of years, particularly the crowning achievement, so far, of last night.

• 1705

The process is so important. We remain ready to assist and consult in any fashion we can. We recognize that some of the things we've brought to the table—and I'm sure you'll be hearing from other groups—are new and quite different. But fundamentally they really come down to trying to find out what it is we're ready for today, what are the important things. We're here to help you enshrine them in any way you feel is best.

Thank you again.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Rideout, will you start us off.

Mr. Rideout: You've presented us with one basic difficulty. That is, we're looking at the recodification of the general part to start. You've given us a lot of specifics. This creates a problem in that we're not dealing with specifics per se.

I'm just throwing this out as a possibility to get a general sense. Perhaps even in the preamble we should try to deal with "women's issues" or "native people's issues" and "visible minority issues" and try to plunk them into that with some general principles that would govern the general part, which is then going to get into the different types of defences rather than dealing with specifics, such as a battered-wife defence or as to whether that really falls within that ambit of the general part.

[Traduction]

Je suis personnellement convaincue des avantages des programmes communautaires. Je crois que c'est la meilleure solution. À moins d'avoir une réinsertion graduelle dans la société, une peine d'emprisonnement n'est pas avantageuse à long terme. Cela dit, le risque doit demeurer la considération primordiale. Si l'on ne peut surveiller le délinquant de façon à pouvoir le réincarcérer rapidement et pour longtemps s'il est incapable d'assumer ses responsabilités, on ne peut pas abandonner le dernier moyen de contrôler les risques.

C'est pourquoi nous réclamons des peines de durée indéterminée pour les délinquants sexuels, pour ceux qui font subir des sévices physiques et sexuels aux enfants et pour ceux qui agressent leur femme. C'est notre point de vue à nous. Je l'ai dit très clairement au départ. Vous voudrez peut-être appliquer la même formule à d'autres types de crimes. D'après nous, c'est lorsqu'il y a abus de confiance que les victimes subissent les préjudices les plus graves et on le plus de séquelles. C'est pour ce type de délinquant que le risque est le plus élevé et que la réadaptation est la moins prévisible. C'est pour toutes ces raisons que nous faisons ces recommandations.

Nous vous remercions de votre patience. En terminant, je tiens à dire que toutes les associations de femmes au pays sont très encouragées par les mesures que le Parlement—tous les partis—a pris depuis deux ou trois ans. Le couronnement a été l'adoption du projet de loi hier soir.

La façon de faire importe tellement. Nous sommes disposés à vous aider et à vous conseiller de notre mieux. Nous savons que certaines de nos suggestions—and je suis certaine que vous entendrez d'autres témoins—are bien nouvelles et assez originales. Ce qu'il faut, c'est essentiellement découvrir ce que la société est prête à accepter maintenant et quelles sont les choses qu'elles considère importantes. Nous sommes ici pour vous aider à incorporer les dispositions qui s'imposent.

Je vous remercie.

Le président: Merci beaucoup.

Monsieur Rideout, c'est vous qui commencez.

M. Rideout: Le problème de votre exposé, c'est que vous nous avez beaucoup parlé des détails alors que nous, nous nous penchons d'abord sur la recodification de la partie générale. Autrement dit, nous ne sommes pas ici pour traiter tout de suite des détails.

Pour avoir une idée générale de ce que vous souhaitez, peut-être faudrait-il mentionner dans le préambule les problèmes des femmes ou les problèmes des autochtones ou encore de minorités visibles. On pourrait y relier des principes généraux qui régiraient la partie générale. Tout cela serait relié à divers moyens de défense et non pas à ceux concernant les femmes battues en particulier.

[Text]

Second, I would throw this out for your comments. I say this without knowing, but we're probably not going to be dealing with sentencing per se. In fact, if I can repeat an old refrain, we thought Bill C-36, dealing with parole and so on, was the cart before the horse, and we should have been dealing with sentencing first. We have a promise of sentencing legislation soon. "Soon" is in the eye of the beholder, I guess. We should be seeing something on that.

Just as a suggestion, perhaps as part of the general part we could have some sentencing principles that would give a general flavour to what should be applied. So the specifics you are talking about may not be achievable in a recodification of the general part of the code now. Maybe we could accomplish some of what you want and some of the directions you're urging us to take in a general comment or principles outlined in the preamble and perhaps in sentencing principles.

I throw that out as a concept dealing with our problem. The advice we're getting is to do just the general part for now, maybe enact that and then start to go back and pick up some of the specific areas dealing with a whole host of things, including a lot of the things you're referring to that might fall into that category rather than the general part.

I would be interested in your comments on all of that.

Ms Pepino: I'd like to respond to the first issue of what you have on your plate right now. When you take a look even at the table of contents in the green book, you have some fairly detailed stuff in under the rubric of general. For example, you have incapacities and the issue of justifications and excuses, which is where we felt some safety in saying you should add to the list the battered-wife syndrome as a defence. That's fairly detailed but falls within the general part.

With respect, on some of the other things I do think you probably could pull into your discussion, for example, levels of culpability. Well, somebody who has been convicted twice of wife assault or of sexual assault is, in our submission—or could be made, as a general principle—more culpable than the person who is there for the first time.

I recognize it's going to take some fine needlework to stitch it in, but it was in that way that we brought it to you, also recognizing—

Mr. Rideout: If I may interrupt, should that be a principle of sentencing that deals with all crimes so that—

Ms Pepino: You might decide to take it that far. We haven't been able to think it through and discuss it enough to say whether you should do the same thing with break and enter, for example. That's a different issue. That's why I tried to talk about our perspective. From our perspective, it's necessary for the crimes we mentioned. I have no opinion on whether it's necessary or desirable for the rest of the list.

[Translation]

Je n'en suis pas certain, mais il se peut que nous ne nous penchions pas du tout sur la question des peines. Nous avons trouvé que le projet de loi C-36, celui concernant les libérations conditionnelles, mettait la charrue devant les boeufs et qu'il aurait fallu commencer par la détermination de la peine. On nous promet une loi pour bientôt. Reste à voir ce que l'on entend par «bientôt». Il devrait néanmoins y avoir quelque chose.

Peut-être que la partie générale devrait comporter certains principes devant régir la détermination des peines qui donneraient une idée générale de ce qui semble nécessaire. Il est probable que les détails que vous suggérez ne pourront absolument pas être incorporés dans la partie générale du Code. Peut-être pourrions-nous réaliser une partie de ce que vous souhaitez en énonçant certains principes généraux dans le préambule.

Vous voyez un peu le problème. On nous a dit que nous devions nous en tenir pour le moment à la recodification de la partie générale du Code, et qu'une fois cette partie adoptée, nous pourrions nous pencher sur certains secteurs plus précis, notamment ceux que vous avez abordés.

Que pensez-vous de ces réflexions?

Mme Pepino: Quant à votre mandat actuel, en lisant la table des matières du livre vert, on constate qu'il y a des aspects assez détaillés dans cette partie générale. On y traite notamment d'incapacités, de justifications et d'excuses; c'est pourquoi nous avons cru bon de suggérer l'ajout du syndrome de la femme battue comme moyen de défense. C'est un point précis mais qui relève de la partie générale.

En toute déférence, il y a aussi d'autres aspects que l'on pourrait relier à cette partie, notamment les degrés de culpabilité. Quelqu'un qui a déjà été reconnu coupable deux fois de voies de fait contre son épouse ou d'agression sexuelle devrait en principe être réputée plus coupable que celui qui est accusé pour la première fois.

J'admets qu'il faudra être adroit pour arriver à englober tout cela, mais nous savions en présentant nos suggestions que ce n'était pas évident et...

M. Rideout: Permettez que je vous interrompe. Est-ce que ce devrait être un principe qui s'appliquait à la détermination de la peine quel que soit le crime, afin que...

Mme Pepino: Vous pourriez vouloir aller jusque-là. Nous n'avons pas eu le temps d'y réfléchir à fond et d'en discuter assez entre nous pour pouvoir vous suggérer d'étendre ce principe aux entrées par infraction, par exemple. C'est une autre affaire. C'est pourquoi j'ai voulu vous parler de notre point de vue à nous. D'après nous, c'est nécessaire pour les crimes que nous avons mentionnés. J'ignore si c'est nécessaire ou souhaitable pour les autres.

[Texte]

Ms McCree Vander Voet: Yes, crimes of violence.

Ms Pepino: Yes, I think that would be a safe touchstone. The other reason we brought the specifics to you as we did is...yes, I know I was here on Bill C-36 saying you should have the sentencing there. It's all part of the continuum, and if you keep your eyes where you want to be three steps down the road, you're not going to block it off here. If in fact members of this committee feel that it's reasonable and appropriate to leave the options open to pursue more directly that which cannot be incorporated into the general part, then we'd like you to do that.

With regard to whether or not you get very detailed mention of types of crimes into the preamble, I think a preamble probably should talk more about goals and intentions. I think it should be a touchstone that doesn't attempt to provide a list, but rather provides a principle.

You know the old saying, "hard facts make bad law." When you come three years down the road with an absolutely bizarre set of facts and you have to make a decision as to whether this was intended to be caught or not, you can go back to first principles.

All we wanted to say was that the first principle should be that those groups protected under the equality rights provisions should very clearly be given not only the benefit of the Charter, but also the benefit of the criminal law. At present the preamble speaks only to social control and we would like it to be balanced by social protection, or social justice or social interest.

Mr. Rideout: That's where I was coming from. Perhaps that can accommodate in a general sense and set the touchstones for—

Ms Pepino: But I do think under your issues of culpability, the requirements for culpability, the requirements of conduct, when you look at some of the others, the non-exculpatory public policy defences, to me, that's crying out for another section 31(a) that says, right here, minimum sentences. I think you could put it in without having overstepped the umbrella of being a general approach.

Mr. Rideout: I didn't quite expect you to say no, but I just wanted to touch that. I'm not sure whether I fully understand one situation that I heard you mention. You talked about a mandatory charge in certain circumstances with no discretion in the hands of, I presume, the police, the crown prosecutor, or anyone. You'd almost be making it somewhat like with politicians. As soon as we're suspected of doing something wrong, we should be charged and prove that we're innocent.

Ms McCree Vander Voet: That was for spousal assault, particularly; there are a number of jurisdictions actually and you probably could get reports from them. London, Ontario is one; I think Winnipeg—I don't know whether it's all of Manitoba—Saskatchewan also and B.C. have a mandatory charging policy in cases of wife assault. The philosophy is to avoid having the police go in and play mediator. Let the police do their job and lay the charge, and let the legal system deal with it.

I think it's been very successful in those jurisdictions where it's been applied. We don't have that in Ontario, for instance, and the record is horrible.

[Traduction]

Mme McCree Vander Voet: Oui, tous les crimes violents.

Mme Pepino: Oui, fort probablement. Si nous vous avons présenté ainsi des détails, c'est parce que... Oui, je sais qu'au sujet du projet de loi C-36, j'ai dit qu'il devrait y avoir des dispositions concernant la détermination de la peine. C'est tout un ensemble. Quand on anticipe un peu, on a moins de surprises. Si les membres du comité trouvent raisonnable et approprié de se réservier la possibilité de s'attaquer directement à ce qui ne pourra pas être intégré à la partie générale, alors c'est ce qu'il faut faire.

Quant à savoir s'il faut préciser certains crimes en particulier dans le préambule, je pense que celui-ci doit plutôt évoquer des objectifs et des intentions. Il doit être la pierre de touche, énoncer des principes, et non pas contenir des énumérations.

Vous savez ce qu'on dit, qu'une bonne loi ne peut pas s'en tenir à des faits concrets. En effet, si quelques années après l'adoption d'une loi, des faits vraiment bizarres et imprévisibles surviennent, il faut décider si la loi prévoyait cela ou non. C'est alors qu'il faut s'en remettre aux principes de base.

Ce que je veux dire, c'est que le premier principe de base en l'occurrence, c'est que les droits à l'égalité de ces groupes étant garantis par la Charte, ceux-ci ont droit à la protection de la Charte et à la protection du Code criminel. À l'heure actuelle, le préambule ne parle que de contrôle social et nous voudrions qu'il y soit également question de justice sociale, d'intérêt social, de protection.

Mr. Rideout: C'est là que je voulais en venir. Peut-être que pour énoncer les principes généraux qui serviront de pierre de touche...

Mme Pepino: Mais il me semble que dans la section traitant de l'élément moral, des conditions relatives à l'élément moral, à la conduite, et dans certaines autres aussi, notamment celle sur les moyens de défense d'intérêt public qui ne constituent pas des exemptions, il faut absolument une partie 31a) sur les pleines minimales. On pourrait certainement ajouter cela sans déroger à la généralité du document.

Mr. Rideout: Je ne m'attendais pas à autre chose, mais je tenais absolument à le signaler. Je ne suis pas certain d'avoir bien saisi ce que vous avez dit au sujet de l'obligation de porter des accusations dans certaines circonstances, ce qui enlève toute latitude aux policiers, aux procureurs de la Couronne et aux autres. Ce serait presque la même chose pour les politiciens. Dès qu'on est soupçonné d'avoir fait quelque chose de mal, on est accusé et il faut prouver qu'on est innocent.

Mme McCree Vander Voet: C'était pour l'agression par les conjoints surtout. Dans plusieurs endroits maintenant, les accusations sont obligatoires. Vous pourriez demander des rapports. C'est le cas notamment à London, en Ontario, à Winnipeg, mais j'ignore si c'est la même chose partout au Manitoba... en Saskatchewan, et en Colombie-Britannique. On a pris cette décision pour éviter que les policiers servent de médiateurs. Les policiers font maintenant leur travail et portent des accusations. C'est le système judiciaire qui s'occupe du reste.

Je pense que la formule a eu beaucoup de succès là où elle a été appliquée. Les choses se passent différemment en Ontario et ce qui s'y passe est terrible.

[Text]

Mr. Rideout: Do you have any research in that particular area that might be of some assistance to us?

Ms McCree Vander Voet: I'm sure we do.

Mr. Rideout: It just might be helpful. This is a completely different thing altogether, but I know that in New Brunswick if there's a car accident a lot of the police departments will lay a charge. They figure somebody has to be at fault and therefore a charge is laid, and sometimes I don't know whether the desired result is all that great. I'm not sure. I'd be interested in some sort of research in that particular area.

I don't want to monopolize the time. If you want to go ahead, then maybe if there's some time, I'll come back.

Mr. Laporte: I just want to look at this preamble a bit now. You're in favour of a preamble; what are your thoughts on the Law Reform Commission's preamble?

Ms Pepino: The Law Reform Commission?

Ms McCree Vander Voet: We have a lot of suggestions about that.

Ms Pepino: It's the—

Mr. Rideout: It's the shorter one that ends up with the (a), (b), and (c).

Ms Pepino: Oh, yes.

Ms McCree Vander Voet: We have some additions to that.

• 1715

Ms Pepino: I thought it was a little soft, frankly, a little soft on crime. That is my old police commissioner's hat coming out.

My personal criticism—I can't speak for Susan, because we haven't had an opportunity to discuss this. The declaration of principles, particularly under paragraph (a), that the criminal law should be used only in circumstances where other means of social control are inadequate or inappropriate: I was able to hear the answer given to you by the previous speaker from the Quebec Bar, and I agree with her, but I don't think that is a reason to get rid of the preamble; I think it's just a reason to make it better.

I don't think there should be that out. What we're asking is that criminal law become a form of social control that is put together with other kinds of social control. It should not be necessarily the law of last resort. Women are looking to this process as providing another form of protection, whereas paragraph (a) seems to say that you go to the criminal law only if all other things have failed. That's not something we support. We count on the law. We look to criminal justice institutions for protecting us. That's why we're here all the time saying that you could be doing it better, that you could be doing it differently. We're here. We haven't abandoned the field; we haven't said that there's no sense trying to get any protection from them. That's my criticism of paragraph (a).

Mr. Laporte: Just on paragraph (a) for a moment, then, the Quebec Bar made comments that it will be used by lawyers, as you heard, as an excuse to get out of things. You made a comment saying that where a judge has discretion,

[Translation]

M. Rideout: Avez-vous des rapports de recherches là-dessus qui pourraient nous aider?

Mme McCree Vander Voet: Bien sûr, que nous en avons.

M. Rideout: Cela pourrait être utile. C'est un sujet tout à fait différent, mais je sais qu'au Nouveau-Brunswick, quand il y a un accident d'automobile, beaucoup de corps policiers portent d'office des accusations. On présume que l'accident est imputable à l'une des parties. Évidemment, je ne sais pas si les policiers ont toujours des résultats probants. Je n'en suis pas certain, et j'aimerais bien voir des études là-dessus.

Je ne veux pas monopoliser tout le temps disponible. Si vous voulez intervenir, allez-y. S'il reste du temps, je demanderai un autre tour.

M. Laporte: J'aurais des questions au sujet du préambule. Vous êtes pour un préambule. Que pensez-vous de celui proposé par la Commission de réforme du droit?

Mme Pepino: La Commission de réforme?

Mme McCree Vander Voet: Nous en avons long à dire là-dessus.

Mme Pepino: C'est...

M. Rideout: C'est le plus court qui se termine par trois alinéas a), b) et c).

Mme Pepino: Je l'ai.

Mme McCree Vander Voet: Nous voudrions y ajouter certaines choses.

Mme Pepino: Franchement, je l'ai trouvé un peu indulgent pour les criminels. C'est sans doute mon expérience de membre de la commission qui ressort.

Personnellement—je ne peux pas parler au nom de Susan puisque nous n'en avons pas discuté—au sujet de la déclaration de principe, surtout l'alinéa a) selon lequel on ne devrait avoir recours au droit pénal que dans les cas où les autres moyens de contrôle social sont insuffisants ou inopportun, j'ai entendu ce que vous a répondu à la représentante du barreau du Québec, la préopinante, et je suis d'accord avec elle. Toutefois, je trouve que ce n'est pas une raison pour faire sauter le préambule; il faudrait plutôt l'améliorer.

Il ne devrait pas y avoir une telle porte de sortie. Ce que nous voulons, c'est que le droit pénal devienne une forme de contrôle social allié à d'autres moyens d'exercer ce contrôle. Ce ne doit pas nécessairement être le dernier recours. Pour les femmes qui attendent d'être protégées par le code, il ne faut pas un alinéa a) qui semble dire que le droit pénal vient en dernier ressort, quand tout le reste a échoué. Nous ne pouvons accepter cela. Nous comptons sur la loi. Nous comptons sur les institutions judiciaires pénales pour nous protéger. C'est pourquoi nous passons notre temps à venir vous dire qu'il faut améliorer la loi, qu'il faut faire les choses différemment. Si nous sommes ici, c'est parce que nous n'avons pas baissé les bras. Nous croyons que la loi peut encore nous protéger. Voilà ce que je n'aime pas de l'alinéa a)

M. Laporte: Toujours au sujet de cet alinéa, le barreau du Québec a dit, vous l'avez entendu, que les avocats invoqueront ce principe pour se sortir de toutes sortes de choses. Vous avez dit tout à l'heure que les juges et les

[Texte]

where the courts have discretion, it's used to the detriment of women and children. It seems to me that paragraph (a) could be used to the detriment of women and children, because there is some discretion allowed there, perhaps.

Ms Pepino: I'm sorry, I missed it.

Mr. Laporte: If your assumption is correct, that if the courts are given too much discretion they are going to use it to the detriment of women and children, a lawyer could be in front of a judge saying, look, as for this battered wife's situation here, there is a better way to deal with it; it shouldn't be in the courts. The declaration of principle says that you should be looking in other areas, that this is not a case that should be in front of the courts, and a judge saying, you're right.

Ms Pepino: I agree. That's why I cannot support paragraph (a).

Mr. Laporte: Then, if you agree there is a need for a preamble, how would you reword it? I realize that is a pretty tough question to ask you on the spot here, but I wonder whether you can provide us with some suggestions. I'm seeing both sides of the argument here and it's going to be crucial what is put in place. I wonder whether you have any thoughts now, but certainly later on, if you have some suggestions to make...

Mr. Rideout: You can write to us afterwards if you want to give us your recommendations.

Ms Pepino: Yes, we can. Right off the top of my head, I'd say, just delete it. What argument does it advance? What principle needs be said in that way?

Mr. Laporte: On the other hand, I liked the point yesterday when the University of Toronto college of law came along with their submissions. One of the presenters said that he has been in court when some guy was charged with stealing some chicken because he was hungry. He said that this shouldn't be in the criminal courts; that's something that's totally inappropriate. He said that this preamble might have some real effect in getting rid of some of these areas that really don't belong in the courts. This should not be tying up criminal court time; it should not be there. That is the benefit of a paragraph (a).

Ms Pepino: Could I respond to that by saying, though, that because of the way it's drafted the principle is that the criminal law should be used only in circumstances where other means are inadequate or inappropriate. That, in my judgment, speaks to whether or not it should be used; that is, a charge being laid. What's happening here is that the discretion is being pushed even further down, past the judge right down to the police or through the Crown down to the police under that interpretation. On the other hand, to take the Jean Valjean example of the chicken, surely a judge today would say that he would not find this person guilty.

[Traduction]

tribunaux usent de leur pouvoir discrétionnaire au détriment des femmes et des enfants. Il me semble que l'alinéa a) pourrait également être utilisé au détriment des femmes et des enfants parce qu'il laisse une certaine marge de manœuvre.

Mme Pepino: Je suis désolée, je n'ai pas saisi.

M. Laporte: Si votre présomption est correcte, c'est-à-dire si les tribunaux ont un trop grand pouvoir discrétionnaire, ils s'en serviront au détriment des femmes et des enfants; un avocat pourrait très bien plaider devant le juge que pour régler le problème des femmes battues, on peut faire autre chose qu'intenter des poursuites devant les tribunaux. Selon la déclaration de principe, il faudrait envisager d'autres moyens que des procédures judiciaires. Et le juge pourrait fort bien lui donner raison.

Mme Pepino: C'est vrai. C'est pour cette raison que je suis contre l'alinéa a).

M. Laporte: Mais si vous convenez de la nécessité d'un préambule, comment le formuleriez-vous? Je comprends que ce n'est pas facile et que je vous mets sur la sellette, mais je me demande si vous n'auriez pas des suggestions à nous faire. Je connais les deux côtés de la médaille et je crois bien que le libellé sera déterminant. Si vous pouvez nous faire part tout de suite de certaines réflexions ou nous faire parvenir des suggestions plus tard...

M. Rideout: Vous pouvez nous écrire si vous voulez nous transmettre d'autres recommandations.

Mme Pepino: Oui, nous le ferons. De prime abord, je dirais supprimez-le. Quelle cause ce principe sert-il? Que cherche-t-on à évoquer?

M. Laporte: Par contre, j'ai bien aimé la remarque du mémoire que les professeurs de droit de l'Université de Toronto nous ont présenté hier. L'un d'eux a dit qu'il avait déjà vu devant le juge un gars accusé d'avoir volé un poulet parce qu'il avait faim. Selon lui, de telles causes n'avaient pas leur place au criminel. C'est un recours qui ne convient pas du tout. Toujours selon lui, le préambule aurait pour effet de faire disparaître de nos tribunaux toutes ces causes qui n'ont pas d'affaire là et qui encombrent leur rôle. C'est là un avantage de l'alinéa a).

Mme Pepino: Je répondrai toutefois à cela qu'en raison de la formulation du principe, on a l'impression que le droit pénal ne devrait servir que dans les circonstances où les autres moyens se sont avérés inadéquats ou peu convenables. D'après moi, cela signifie que c'est ce qui devrait déterminer si des accusations doivent être portées ou non. Autrement dit, ce n'est plus seulement le juge qui aurait un pouvoir discrétionnaire, mais les policiers et les procureurs de la Couronne. Par contre, pour reprendre votre exemple de Jean Valjean qui a volé un poulet pour manger, il est fort probable que, de nos jours, le juge l'acquitterait.

[Text]

[Translation]

• 1720

Again, when I was leafing through this, diminished responsibility was a possible defence. There were a couple of others—not mistaken belief. There was duress that I thought could be argued sufficiently broadly, that the duress of being starving would have been an adequate defence. I think there are other ways of getting to that issue.

Mr. Laporte: It is certainly a problem, and in certain jurisdictions courts have a number of cases coming forward of people who are on welfare, who are getting \$180 a month and trying to live, and taking clothes and things like this. A lot of them are single parents and women who are doing this for the children. It's a real problem.

You have a situation where, on one hand, governments aren't necessarily dealing with the problem of hunger and need, and it is being forced into the criminal courts. The judges are faced with this problem and what to do with this situation.

Ms McCree Vander Voet: I think that's one of the reasons we have been emphasizing that the criminal law must serve not only the interests of social control but of social justice. That needs to be stated really strongly also, as a balancing factor. That's why we want to see the inclusion of a statement about the applicability of equality rights in the criminal law as part of the preamble to the general part.

Mr. Laporte: I hope at some point you will make some written submissions, and further elaborate.

Ms Pepino: Yes, certainly. What we will do, given that you had such specific information provided yesterday by U of T law college, we will get a copy of their submission from your clerk and consider it as part of our draft as well, and any others you felt were particularly valuable on that issue.

Mr. Laporte: Okay. Out of curiosity, this breach of trust you talked about, you wanted an inclusion of that because society simply demands it, or because you want to use it in conjunction with other charges? I wonder about the value. Could you expand on why you want that in there?

Ms Pepino: Specifically, I think it speaks to two issues. One is, of course, the denunciation or the very clear statement about society's goals, that it is worse for a person in authority to abuse that authority and that power and to breach trust.

Secondly, I think there will be some circumstances potentially where that might be the only conviction that could be attained; for example, if you think of the case where somebody can be charged with conspiracy to import and importation, but they only get nailed on conspiracy. It had that practical potential as well, in our judgment.

J'ai feuilleté ce document et, encore une fois, je crois que la responsabilité réduite pourrait constituer un moyen de défense possible. Il y en a quelques autres—mais pas le moyen de défense fondé sur la croyance erronée. Je crois qu'on pourrait invoquer la contrainte psychologique de façon assez large, qu'on pourrait avancer que celui qui ne mange pas à sa faim subit des contraintes psychologiques. Il y a d'ailleurs d'autres façons de régler cette question.

Mr. Laporte: C'est un problème très réel. Dans certaines juridictions, les tribunaux ont entendu de nombreuses affaires mettant en cause des assistés sociaux, des gens qui doivent vivre avec 180\$ par mois et qui volent des vêtements et autres choses de ce genre. Souvent, il s'agit de parents célibataires et de femmes qui le font pour leurs enfants. C'est un problème très réel.

Les gouvernements ne s'attaquent pas nécessairement aux problèmes de la pauvreté et, du coup, les gens dans le besoin se retrouvent en cour criminelle. Les juges sont alors confrontés à ce problème et ne savent comment agir dans de telles situations.

Mme McCree Vander Voet: C'est là pourquoi nous insistons pour que le droit pénal serve non seulement au contrôle social mais aussi à la justice sociale. Il faut que cela soit bien entendu pour que l'équilibre soit maintenu. Voilà pourquoi nous voudrions que l'on ajoute dans le préambule à la partie générale une déclaration d'applicabilité des droits à l'égalité en droit pénal.

Mr. Laporte: J'espère bien que vous nous soumettrez un mémoire où vous nous en direz plus long à ce sujet.

Mme Pepino: Certainement. Puisque vous avez obtenu des informations précises hier de la part des représentants de la faculté de droit de l'Université de Toronto, nous obtiendrons un exemplaire de leur mémoire de votre greffier et, avant de rédiger notre propre rapport, nous étudierons ce mémoire et tout autre document qui vous semblera particulièrement pertinent.

Mr. Laporte: Très bien. Par curiosité, je voudrais bien savoir si vous voulez inclure une disposition sur l'abus de confiance simplement parce que la société l'exige, ou parce que vous croyez qu'elle pourrait servir en combinaison avec d'autres accusations? Je me demande si une telle disposition serait vraiment utile. Pourriez-vous nous expliquer pourquoi cela vous semble important?

Mme Pepino: Je crois qu'une telle disposition nous permettrait d'atteindre deux objectifs. Le premier, bien sûr, serait de déclarer clairement que, pour la société, il est inacceptable qu'une personne en position d'autorité abuse de son pouvoir et de la confiance qu'on lui accorde.

Deuxièmement, cette inculpation pourrait éventuellement être la seule qu'on puisse obtenir. Ce serait le cas, par exemple, de la personne qui est accusée de complot en vue d'importer et d'importation mais qui n'est reconnue coupable que de complot. À notre sens, cette disposition pourrait servir tout aussi bien à des fins pratiques.

[Texte]

Mr. Laporte: As well, you make some valid submissions, I think, with respect to missing elements, but with respect to spousal assault and battered-wife syndrome and so on, perhaps spousal assault would be better left to the special part under assault as opposed to being dealt with in the general part.

Ms Pepino: As long as what happens in the general part sets the stage for that. I confess to being unclear as to how this division is going to occur. When you take a look at this I could work it in, but I don't know what kind of advice you are getting from your researchers and your drafters.

Mr. Laporte: How would you work it in? Can you tell me?

Ms Pepino: Specifically?

Mr. Rideout: In six minutes.

Ms Pepino: Or less? That includes the draft, does it, too?

Mr. Rideout: Take your time.

Ms Pepino: I think probably it would come in under the requirements as to conduct. If you take a look at that section—and I haven't analysed it with exactly that question in mind—

The Chairman: It's an issue that could be dealt with in your written brief. You would have more time to think about it.

Ms Pepino: All right. Thank you. I will do that, Mr. Chairman.

Mr. Laporte: I didn't mean to put you on the spot.

Ms Pepino: No, that's fine.

• 1725

The Chairman: No, there's no criticism on my part either. It's a genuine question, that is for sure.

I know you've worked very hard in collecting data or trying to collect data on sentencing with respect to sexual assault cases. Do you have your data in any form that you could share with this committee?

Ms McCree Vander Voet: Yes, we do. About a year ago we did an analysis of our data base, particularly with regard to breach of trust as a factor in sexual assault sentencing, both where it's missed by the judge and where it is applied. . . you might find it of interest. We would be happy to provide you with copies.

There are two volumes. One deals with breach of trust in terms of sentencing decisions, and the other deals with breach of trust and how it is handled by different social institutions. For instance, how is it handled within the legal profession? The medical profession, the legal profession, psychologists, teachers—all of those are looked at. So both of those could be made available.

The Chairman: We would appreciate that.

[Traduction]

M. Laporte: Vous avez aussi avancé des arguments très valables en ce qui concerne les éléments manquants, mais, pour ce qui est de l'agression contre le conjoint et du syndrome de la femme battue, il serait peut-être préférable d'inclure ces dispositions dans la partie spéciale, donc la catégorie des voies de fait, plutôt que dans la partie générale.

Mme Pepino: À condition que la partie générale prépare le terrain. Je dois reconnaître que je comprends mal comment cette division pourrait se faire. Moi, je pourrais inclure ces dispositions dans la partie générale, mais j'ignore ce que vous ont conseillé vos attachés de recherche et vos rédacteurs.

M. Laporte: Comment feriez-vous? Pouvez-vous me l'expliquer?

Mme Pepino: Plus précisément?

M. Rideout: En six minutes.

Mme Pepino: Ou moins? Et cela comprend l'ébauche aussi, n'est-ce pas?

M. Rideout: Ne vous pressez pas.

Mme Pepino: Je crois que cela pourrait figurer dans la disposition relative à la conduite. Dans cet article. . . je n'ai pas analysé la question de ce point de vue-là. . .

Le président: Vous pourriez en traiter dans votre mémoire. Vous auriez alors le temps de bien réfléchir à la question.

Mme Pepino: Très bien. Merci. C'est ce que je ferai, monsieur le président.

M. Laporte: Je ne voulais pas vous mettre sur la sellette.

Mme Pepino: Ce n'est rien.

Le président: Je ne veux pas non plus vous critiquer. C'est une question qui vaut certainement la peine qu'on s'y attarde.

Je sais que vous avez travaillé d'arrache-pied pour rassembler toutes ces données sur les peines imposées aux auteurs d'agressions sexuelles. Avez-vous des données que vous pourriez nous communiquer?

Mme McCree Vander Voet: Oui, bien sûr. Il y a un an à peu près, nous avons analysé les informations de notre base de données, particulièrement en ce qui concerne l'abus de confiance comme facteur lors de la détermination de la peine pour les auteurs d'agressions sexuelles, lorsque le juge en tient compte et lorsqu'il ne le fait pas. . . sans doute cela vous intéressera-t-il. Nous vous fournirons volontiers ces données-là.

Il y a deux volumes. Le premier porte sur l'abus de confiance tel qu'il est pris en compte au moment de la détermination de la peine, et l'autre porte sur l'abus de confiance tel qu'il est traité par les différentes institutions sociales. Ainsi, comment en traite-t-on au sein de la profession juridique? Nous avons ainsi étudié comment cela se passait chez les médecins, les avocats, les psychologues, les enseignants—toutes ces professions-là. Nous pourrions vous faire parvenir ces deux documents.

Le président: Nous vous en saurions gré.

[Text]

I want to ask you about the situation where a charge must be laid in a mandatory sentence. I remember a case—I don't know if it was in Alberta or here in Ontario—where a man beat his wife, she laid the charge, and then she wanted to back out of it because she had to continue to live with the fellow. The police persisted and then she wouldn't give evidence. She had been battered and suddenly the whole weight of the law was throwing her in jail because she wouldn't give evidence. How do you get around that?

Ms McCree Vander Voet: I don't know if there's an easy answer to that. The research shows us that women will be battered upwards of 20 or 30 times before they'll even call the police in the first instance, and that's usually... So what we're seeing in terms of reported crimes is just the small tip of a very large iceberg, in any spousal assault case. Usually she calls the police because she really needs their help and has reached a point of despair.

The first sentence doesn't necessarily need to be a jail term. There are other options, but eventually something has to happen to stop the situation. In order to make a really detailed and clear recommendation about that, we would like to consult other women's groups working in this area and perhaps submit something to you later.

Ms Pepino: That particular case, and I remember that it's the old... It is an example of the hard facts. I don't know what the answer is.

Perhaps the police could have secured sufficient evidence without involving her, that they could have proceeded and wouldn't have had to charge her for obstruction of justice and doubly victimize her. Anyone looking at it had to believe that she was refusing to testify against her husband under some kind of duress, either direct—he was threatening her again, in which case under our scheme he could be charged—or indirect, where she was into the battered-wife syndrome and became powerless to make her own decisions and believed she loved him. That whole dynamic, which we now know is just like a drug, can be very powerful and numbing to certain women.

If there had been a mandatory charge in that regard, I have a great deal of faith in the resourcefulness of the police. If they knew that was their job, then that might be one of those convictions that would have to be sought on circumstantial rather than direct evidence. Instead of a defence attorney subpoenaing the hospital records to show that she came to hospital with broken limbs, cracked ribs, bleeding nose and the like, if they got affidavits or brought the people next door to court to talk about the screams and the muffled cries... My sense is, in that circumstance, there probably were other ways of going at it but people hadn't had the opportunity to explore them.

[Translation]

J'ai une question à vous poser sur l'obligation de porter une accusation. Je me souviens d'un cas en particulier—je ne sais plus si c'était en Alberta ou en Ontario—celui d'une femme qui, après avoir été battue par son mari, avait porté des accusations qu'elle a ensuite voulu retirer parce qu'elle devait continuer à vivre avec son mari. La police a persisté, mais la victime n'a pas voulu témoigner. Elle avait été battue mais, soudainement, la loi se retournait contre elle et prévoyait qu'elle soit emprisonnée parce qu'elle refusait de témoigner. Comment pourrions-nous éviter ce genre de situation?

Mme McCree Vander Voet: Je ne crois pas qu'il existe de solution simple. Les études prouvent qu'une femme peut être battue 20 ou même 30 fois avant d'appeler la police, et c'est ordinairement... Par conséquent, les infractions qui sont dénoncées ne constituent que la pointe d'un énorme iceberg en matière d'agression contre le conjoint. En général, la femme se décide à appeler la police parce qu'elle a vraiment besoin d'aide et est au désespoir.

Il n'est pas nécessaire d'imposer une peine d'emprisonnement la première fois. Il y a d'autres possibilités, mais, un jour viendra où il faudra mettre fin à ce genre de situations. Afin de formuler une recommandation claire et détaillée à cet égard, il nous faudrait consulter les autres groupes de femmes qui oeuvrent dans ce domaine et vous communiquer un document par la suite.

Mme Pepino: Je me souviens de ce cas en particulier... C'est un bon exemple de la réalité. Mais je ne connais pas la solution.

Peut-être que les policiers auraient pu obtenir suffisamment de preuves sans la faire témoigner, peut-être qu'ils auraient pu porter des accusations sans l'accuser elle-même d'entrave à la justice, sans en faire en plus une victime de l'appareil judiciaire. Il me semble évident qu'elle a refusé de témoigner contre son mari parce qu'elle subissait une forme quelconque de contrainte psychologique, que ce soit de façon directe—il la menaçait, auquel cas, selon notre système, il pourrait faire l'objet d'une accusation—ou de façon indirecte, parce qu'elle souffrait du syndrome de la femme battue, parce qu'elle était incapable de prendre ses propres décisions, parce qu'elle croyait l'aimer encore. Toute cette dynamique qui, nous le savons, agit comme une drogue, est extrêmement puissante et abrutissante pour certaines femmes.

Si le police avait été obligée de porter des accusations dans cette affaire, je suis certaine qu'elle se serait débrouillée pour le faire. Si les policiers savaient que c'était là leur devoir, ils auraient peut-être invoqué des preuves circonstancielles plutôt que directes. Au lieu d'obtenir de l'hôpital les dossiers montrant qu'elle avait été soignée pour des membres brisés, des côtes fêlées, des saignements de nez et autres choses du genre, l'avocat de la défense aurait pu assigner les voisins à comparaître pour qu'ils parlent des cris et des pleurs qu'ils avaient entendues... Dans de telles circonstances, j'estime qu'on aurait probablement pu procéder autrement mais qu'on n'a pas eu l'occasion d'explorer les autres avenues.

The Chairman: I suppose it's always very difficult to tie it into the husband without a direct witness to that assault.

Le président: Je présume qu'il est toujours difficile d'établir un lien entre le mari et l'agression sans un témoin oculaire.

[Texte]

Ms Pepino: Yes, it is.

The Chairman: That is a problem, there's no doubt, and we'll certainly be looking at it.

As for verbal assault, especially in cases of sexual harassment where you want that to be a separate charge, based both on gender and racial grounds, I wonder if the Criminal Code is the proper place to have a sanction against that or whether it should be in provincial human rights codes?

Ms Pepino: Many of the human rights codes already have it, and I recognize the difficulty of raising it. It's one I've tussled with since I was on the Human Rights Commission in Ontario. We were not necessarily trying to capture workplace sexual harassment as we've come to know what that is—telling off-colour jokes and the kind of thing that will poison a work atmosphere. I think that is quite properly left as a civil matter under the provincial jurisdiction. What we're talking about is the spoken equivalent of hate literature. I don't know how else to describe it. It's not slanderous because it doesn't meet those legal tests. But it's the verbal equivalent of what is already in the code. It demeans a gender, or a race, or a person of a gender or a race, because of those characteristics. It would have to meet that test. It would have to be as serious as hate literature is at present.

But there is a lot of it going on out there. That's why we say there has to be some place where it can be dealt with, because at the present time it's not caught anywhere, and yet women and minorities are suffering from it. It's vile stuff. It's hate literature but it's not written down.

The Chairman: It's the updated version of the Wop, Polak—

Ms Pepino: Much worse than that, sir.

The Chairman: What would be some examples?

Ms Pepino: It could be someone who stands outside an apartment door and every morning follows a woman from her apartment door to the bus stop, talking to her the entire time about all the things he wants to do to her. None of them would be considered to be threats of violence.

You will recall the difficulty with the Ottawa cheerleader case. Finally, the judge did say that a threat to rape was a threat of violence. But suppose he simply described a pornographic dream that did not necessarily end in mutilation, in torture, or even necessarily in rape. Or suppose he just followed her and described her anatomy in ways that were hateful and vile, demeaning and humiliating, and terrorizing. He has not threatened her, he has not assaulted her in any way that the law recognizes as assault, and yet the terrorization of that is the same as a sexual assault. It's got to be. I wouldn't want to leave my apartment the next morning and go through that. We know that kind of conduct happens.

[Traduction]

Mme Pepino: Exactement.

Le président: C'est certainement un problème que nous étudierons.

En ce qui concerne la violence verbale, surtout dans les cas de harcèlement sexuel ou, selon vous, cela devrait constituer une accusation distincte, que ce soit pour des motifs sexuels ou raciaux, je me demande si cela ne devrait pas figurer dans les lois provinciales sur les droits de la personne plutôt que dans le code criminel.

Mme Pepino: Cela figure déjà dans bon nombre des codes sur les droits de la personne et je reconnaissais que cela pose un problème. Je réfléchis à la question depuis que j'ai siégé à la Commission des droits de la personne de l'Ontario. Il ne s'agit pas ici nécessairement de harcèlement sexuel en milieu de travail tel que nous le connaissons—les blagues de mauvais goût et autres choses de ce genre qui empoisonnent les milieux de travail. Il est préférable que cela relève du droit civil et de la compétence provinciale. Ce dont nous parlons ici est l'équivalent verbal de la littérature haineuse. Je ne vois pas de meilleure façon de le décrire. Ce sont des paroles qui ne répondent pas aux critères de la diffamation, mais qui constituent l'équivalent verbal de ce qui figure déjà dans le code. Ce sont des paroles qui s'attaquent à un sexe, une race, ou à une personne d'un penchant sexuel particulier ou d'une race particulière. C'est là le genre de critères qu'il faudrait établir, des critères aussi stricts que pour la littérature haineuse.

Ce sont des choses courantes, et c'est là pourquoi nous estimons qu'il faut en traiter quelque part car, à l'heure actuelle, rien n'est prévu à ce sujet et les femmes et les minorités en souffrent. C'est absolument ignoble. C'est de la littérature haineuse qui n'a pas été écrite.

Le président: C'est la version actualisée du Rital, du Polak. . .

Mme Pepino: C'est bien pire que cela, monsieur.

Le président: Pourriez-vous nous donner des exemples?

Mme Pepino: C'est le cas de l'homme qui attend chaque matin qu'une femme sorte de son appartement pour la suivre jusqu'à l'arrêt de l'autobus, pour lui dire toutes les choses qu'il voudrait lui faire. Toutefois, il ne s'agit pas de menaces de violence.

Vous vous souvenez peut-être des difficultés qu'on a connues dans le cas de la meneuse de claque d'Ottawa. Au bout du compte, le juge a estimé que la menace de viol constituait une menace de violence. Mais si cet homme se contente d'écrire un rêve pornographique qui ne se termine pas nécessairement par de la mutilation, de la torture ou même par un viol? Si cet homme se contente de la suivre et de décrire son corps de façon haineuse et ignoble, de façon avilissante, humiliante et terrorisante? Il ne la menace pas, il ne l'agresse pas de façon qui pourrait être considérée comme une agression aux termes de la loi, mais il la terrorise autant que s'il commettait une agression sexuelle. J'en suis certaine. Je ne voudrais pas avoir à quitter mon appartement le matin sachant que c'est là ce qui m'attend. Or, nous savons que ce genre de choses se produit.

[Text]

Mr. Rideout: I think there was some talk in some places in the United States about stalker legislation, if you want, just to deal with precisely that. It involved nothing even being said, just the fact that somebody was there, followed them to the bus stop, to their apartment, or from the bus stop to work, or whatever.

Ms Pepino: That would certainly encompass the example I gave you. I hesitate to say telephone. Unfortunately, there's not a lot of luck dealing with phones. But I'm sure you're all aware of the kinds of messages that come over answering machines these days. That's why so many women have them, so that they can screen those calls and have evidence for Bell Telephone and the police if they ever can do anything about it. But it's that kind of material.

The stalker legislation would certainly handle the physical intimidation. I don't have any better suggestion for you about what to do with the words, other than to think of it in those terms.

• 1735

The Chairman: Thank you very much. Every time we have a set of witnesses, I feel I go away a little bit more informed. I'm beginning to see a broader picture, and we look forward to getting your written brief. As you know, we're going to make a report to the minister and then she will decide how large a package she'll bring in, by way of a specific bill. At that time it will go to a legislative committee, and I hope we'll be able to use your expertise and skill at that time to give us your comments. Hopefully it will become law by next year.

Colleagues, we stand adjourned.

[Translation]

M. Rideout: Je crois que, aux États-Unis, on a parlé d'une loi contre les traqueurs pour régler ce genre de problème. Cette loi aurait visé même celui qui ne dit rien, mais qui est là, qui suit quelqu'un jusqu'à l'arrêt de l'autobus, jusqu'à son appartement, jusqu'à son travail.

Mme Pepino: Cela s'appliquerait certainement à l'exemple que je vous ai donné. J'hésite à parler des appels téléphoniques, car malheureusement, on a eu peu de succès à cet égard, mais je suis certaine que vous connaissez tous le genre de messages qu'on laisse aux répondeurs téléphoniques de nos jours. Voilà pourquoi tant de femmes ont un répondeur; cela leur permet de trier leurs appels et de disposer de preuves pour Bell Canada ou pour la police si on décide d'intervenir. C'est là le genre de choses dont il s'agit.

Une loi contre les traqueurs servirait certainement contre l'intimidation physique. Je ne sais pas ce que je pourrais ajouter en ce qui a trait de l'intimidation verbale, mais c'est de ce point de vue là qu'il faut aborder la question.

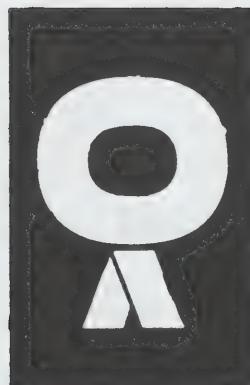
Le président: Merci bien. Après chaque témoignage, j'ai l'impression d'en savoir un peu plus long. Je commence à mieux voir le tableau d'ensemble, et nous attendons avec impatience votre mémoire. Comme vous le savez, nous allons rédiger un rapport à l'intention de la ministre qui pourra alors décider des modifications qu'elle apportera par le biais d'un projet de loi. Un comité législatif sera saisi de ce projet de loi et j'espère que, à ce moment-là, nous pourrons encore une fois faire appel à vos connaissances et à vos compétences. Nous espérons qu'une loi sera adoptée avant l'an prochain.

Chers collègues, la séance est levée.

APPENDIX "CODE-5"

**THE NEW CODIFICATION OF
THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE
OF CANADA**

May 1992



Barreau du Québec

**BRIEF ON THE NEW CODIFICATION
OF THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF CANADA**

**PRESENTED TO THE MINISTER OF JUSTICE
AND
TO THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND THE SOLICITOR GENERAL**

May 1992

BARREAU DU QUÉBEC STANDING COMMITTEE ON CRIMINAL LAW:

Louise Viau, Chair
Lise Côté
Guy Cournoyer
Michel F. Denis
François Handfield
Claude Leblond
Georges Letendre
Richard Masson
Ellen Paré
Claude Provost
Carol St-Cyr

Josée-Anne Simard, Secretary
Research and Legislation Service
BARREAU DU QUÉBEC

TABLE OF CONTENTS**INTRODUCTION****PART I: GENERAL COMMENTS**

1. New codification politically wise
2. New codification legally necessary
3. Drafting a new criminal code
 - 3.1 Including a preamble
 - 3.1.1 Harmonizing the Code with the Canadian Charter of Rights and Freedoms
 - 3.1.2 General and specific scope of new Code
 - 3.1.3 Proposed preamble
 - 3.2 Content of a general part

PART II: SPECIFIC COMMENTS

1. Principle of legality
2. Conduct and guilt
 - 2.1 Omissions and duties
 - 2.2 Consent to death
 - 2.3 Liability of moral persons
3. Excuses and justifications
 - 3.1 Error as to the existence of grounds of defence
 - 3.2 Voluntary intoxication
4. Inchoate offences
 - 4.1 Attempts
 - 4.2 Conspiracy
5. Participation in offences
 - 5.1 Forms
 - 5.2 Moral aspect of criminal participation
 - 5.3 Liability for derivative infractions
6. Sentencing principles

CONCLUSION

INTRODUCTION

In response to the invitation to take part in the consultation process conducted by the Department of Justice Canada on codification of the general principles of criminal liability, the Barreau du Québec submitted a consultation paper entitled, [TRANSLATION] "Towards a New Codification of the General Part of the Criminal Code of Canada".

More recently, the Clerk of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General put to the Barreau the question of the addition of a preamble to the new code. He forwarded to us a copy of two possible versions of such a preamble, one of which was drawn from a paper by the Law Reform Commission of Canada and explained the reasons for and against including such a preamble. We shall return to this model below.

The Barreau du Québec believes that it is politically wise and legally necessary to proceed with the codification of the general principles of criminal liability for the reasons described below and is pleased to take part in the national effort being undertaken by the Department of Justice to address this matter.

As the Table of Contents shows, our brief is divided into two parts. Part I addresses, in general terms, the principles that justify a new codification. In it, we discuss the political wisdom and legal necessity of a new codification. The chapter on drafting a new Criminal Code focuses on the issues of including a preamble and harmonizing the Code with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. This part concludes with a section on the possible content of a general part.

Part II contains specific comments on certain issues raised in the consultation paper cited above.

Since that consultation paper was prepared some time ago, various judgments by the Supreme Court of Canada interpreting rights guaranteed by the Canadian Charter of Rights and Freedoms and otherwise amending criminal law, as well as certain statutes passed by Parliament, have rendered some of the points discussed therein somewhat moot. For that reason, we do not intend to answer all the questions raised in the consultation paper.

In addition, in order for the new code to form a coherent whole, Parliament must decide on a certain number of issues by making fundamental choices regarding the values that must underlie the new code. The interrelationship of individual and collective rights is often front and centre in the debate concerning the general part of the Criminal Code. The Barreau du Québec has thus focused on issues that entail such political choices, which must of necessity be made by Parliament when it adopts a new code, and on certain other issues that cause difficulties of a day-to-day practical nature for both defence counsel and Crown attorneys.

PART I: GENERAL COMMENTS**1. New codification politically wise**

Canada will soon be celebrating the centenary of its first Criminal Code. How better to mark the anniversary than by introducing a new code that is better adapted to the present Canadian reality?

In actual fact, the Criminal Code currently in effect is not 100 years old. A revised code went into effect in 1955 based on the Code of 1893, but differed from its predecessor mainly by abolishing recourse to the common law to identify and describe prohibited conduct. This Code was viewed as an effort to Canadianize criminal law which resulted in "a first tentative attempt to associate Canadian criminal law with the written systems of the world".¹

The process begun with the 1955 Code must be completed. While "the 1955 Code broke with the British tradition by virtually abolishing all 'common law offences'",² this exercise remains to be carried out with regard to the general principles of criminal liability, which are still derived from common law.

Maintenance of the common law principles entrenched in sections 8 and 9 of the present Criminal Code in fact results in a certain abdication by Parliament in favour of the courts, which it makes "responsible for the evolution of the law, and its adaptation to social change".³ The Barreau du Québec believes it

would be more democratic for Parliament to exercise its criminal law jurisdiction fully and to legislate not only regarding conduct it intends to prohibit, but also the conditions of criminal liability and the means of justification and excuse it authorizes in order to exonerate the offender. This codification is justified not only for political reasons; it is also legally necessary.

2. New codification legally necessary

Why codify, some will ask, when the common law has served us so well to date? To answer this question, one must first check the validity of this statement and then see what the impact of a codification of the general principles of criminal law would be.

We should note from the outset that, while the 1955 Code maintained the common law notion of criminal liability, it has not prevented Canadian law from distancing itself from British common law, the historic source of our criminal law. Although the common law has been maintained, it must be admitted that it bears fewer and fewer similarities to the common law that was introduced to the country at the time of the Conquest or which has since developed in England. Canadian courts have gradually introduced a system of unwritten rules which frame the Canadian reality to a greater degree than would the rules developed by the House of Lords.

However, recourse to the common law has made our criminal law accessible solely to legal experts, indeed even to a minority of those specialized in the field. But criminal law must be accessible to the Canadian public as a whole because criminal law is that law which the public erects in order to protect the values in which it believes.

Codifying the general principles of criminal liability would enable all citizens, no matter their language, religion or culture, to know the fundamental values that form the basis of our criminal justice system. When the Code of 1893 was adopted -- and this was probably still true in 1955 -- religious and social standards coincided with criminal law standards to the point that a person who knew and complied with the former could be assured of not violating the latter.⁴ This is no longer true in Canada. Consequently, the educational function of criminal law has become increasingly important. That function is dependent, however, on adequate public knowledge of criminal law standards.

As the Law Reform Commission of Canada noted in a paper entitled, "Towards a Codification of Canadian Criminal Law":

Codification offers the public a considerable advantage in the form of general information. Making law more accessible brings it down to the level of the average citizen, and helps to prevent crime through education. It must not be forgotten that the viability of a given institution depends mostly on its acceptance by citizens who in fairness must therefore have access to it, to its rationale and must be allowed to criticize it.⁵

Codification seems to us an appropriate vehicle for achieving this objective. Of course, the very idea of codification must be well understood in order to avoid the stumbling blocks that fall in the way of the legislator embarking on such a task. Some will say that the job cannot be done, others that its success will be achieved at the cost of a sclerosis of the law. These apprehensions stem from a misunderstanding of what true codification is.

The task would indeed be impossible if Parliament intended, by such a codification, to make provision for every eventuality and

to avoid all judicial intervention. As the Honourable Jean-Louis Beaudoin notes:

[TRANSLATION]

... a Code, on the one hand, cannot claim to say everything and make provision for every eventuality, and, on the other hand, must be expressed mainly in terms of principles and general rules, not in the detailed form represented by what is sometimes called "statutory legislation".⁶

Furthermore, codification does not necessarily mean revolution, although it may afford the opportunity to rethink the law as we know it. Thus, the general principles of criminal liability developed by the Supreme Court of Canada in Sault Ste-Marie⁷ should appear in the new code, as should the rules regarding the right to the presumption of innocence in regard to criminal and regulatory offences, to cite only these two examples in which Supreme Court judgments have changed the law. Owing to a lack of legislative rationalization, litigants must now rely on specific determinations by the Supreme Court in judgments that leave many questions unanswered.

The Barreau du Québec believes it is imperative to proceed with the codification of the rules of criminal liability that derive from rights guaranteed by the Charter. An effort to structure the conditions of criminal liability is necessary, particularly because of the scope which the Supreme Court has given to section 7 and paragraph 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The legal security essential to citizens' compliance with our criminal justice system is at stake. However, the certainty of the law is a value that today can only be evoked with nostalgia.

3. Drafting a new criminal code

On this point, we shall here address the question whether it is appropriate to include a preamble in the new Criminal Code, and shall then set out in general terms those matters that should be included in that part of the code concerning the general principles of criminal liability.

3.1 Including a preamble

The Barreau du Québec has examined the question of the inclusion of a preamble in the new Criminal Code and has considered the two models submitted to it. The fears expressed by the majority of commissioners on the Law Reform Commission are serious and cannot easily be dismissed.

Of the two models proposed, that of the Law Reform Commission of Canada appears to be the less unacceptable. Both represent major problems, particularly in their indication that law enforcement should be used only if social controls have proven ineffective. While it is true that, in principle, a preamble should not serve the purposes of legislative interpretation, could it not nevertheless be argued, in the current Canadian legal context, that the principles stated in the preamble to the new Code are principles of fundamental justice within the meaning of section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms? If such were the case, preliminary debate could be interminable and could well punctuate criminal trials in areas as varied as marital violence, prostitution, drug possession, etc.

The Barreau du Québec is therefore opposed to the inclusion of a preamble that would be drafted according to the proposed models. However, it would be prepared to consider as valid a preamble that would be limited solely to the whereas clauses of the model proposed by the minority commissioners of the Law Reform Commission of Canada.

The Barreau du Québec also wishes to emphasize that the advantages and disadvantages of a preamble were discussed at the time of the reform of the Quebec Civil Code.⁸ The solution selected by the National Assembly, transposed in a Criminal Code context, could unite the supporters and opponents of a preamble. The Civil Code recently adopted by Quebec contains a [TRANSLATION] "Preliminary Provision", which is not as lengthy as a preamble, but which [TRANSLATION] "nevertheless says all the essential".⁹ It reads as follows:

The Civil Code of Quebec, in harmony with the Charter of rights and freedoms and the general provisions of the law, governs persons, relations between persons and property.

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit and object of its provisions, lays down *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

This is of course a preliminary provision of the Civil Code. It could not be adopted in whole in the context of a Criminal Code. However, the two themes which it addresses could adequately accommodate the imperatives of such provision in a criminal context. Once transposed, a preliminary provision to the Criminal Code could also have two components: first, it could reiterate the

need to harmonize the code with the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and, second, it could state explicitly the general and specific scope of the rules stated therein.

3.1.1 Harmonizing the Code with the Canadian Charter of Rights and Freedoms

The preliminary provision would serve to recall that the rules stated in the Code are not supposed to derogate from the rights guaranteed by the Charter or, if they do, that Parliament considers, and is in a position to establish to the satisfaction of the courts, that the derogation is justified in a free and democratic society. In this context, we would therefore answer no to the second question, under the heading "Principle of Legality" on page 14 of the consultation paper, concerning whether it would be appropriate to reproduce section 11 of the Charter in the general part of the new Code. We shall return to this question below.

3.1.2 General and specific scope of the new code

In the current state of the law, legal experts refer to the principles and rules developed by the courts for determining the essential elements of an offence and regarding the grounds of defence that may be invoked in the case of regulatory offences and criminal offences in the true sense of the word. Since Parliament's authority in criminal matters is broader than that arising solely from subsection 91(27) of the Constitution Act, 1867, it is essential that the scope which Parliament intends to give the general part of the new Code be clearly indicated. The Barreau du Québec believes that the general part should

specifically state the general principles applicable to both regulatory and criminal offences. If it does not, we could witness the emergence of two more or less similar sets of rules, the one legislative, the other case law. That would make it much more difficult to know the law and could result in errors where decisions concerning the former were invoked for the application of the latter.

If the new Code were to apply in principle to every federal criminal offence, it would then be appropriate to entitle the new code, "Canadian Criminal Code", instead of the current "Criminal Code". In the current state of the law, this last expression is too limiting and, consequently, deceiving since the Criminal Code contains the rules governing procedure and penalties for federal regulatory offences, failing indications to the contrary in the statute that creates the offence.

The Barreau du Québec recommends that Parliament specify that the general principles stated in the general part of the new Code apply to criminal matters in all areas of Parliament's jurisdiction, except where otherwise provided in specific statutes.

3.1.3 Proposed preamble

If the idea of including a preamble were approved, the Barreau du Québec proposes that it read as follows:

WHEREAS the Canadian Charter of Rights and Freedoms entrenched in the Constitution guarantees the individual rights and freedoms of all Canadians, which rights and freedoms are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society;

WHEREAS the purpose of the criminal law is to promote the fundamental values of society, to maintain social order and to protect individual rights and freedoms;

WHEREAS the criminal law should perform this role by prohibiting and punishing all culpable conduct which causes or threatens to cause serious injury, while recognizing excuses, justifications and exemptions consonant with the fundamental values of society;

WHEREAS it is desirable that the criminal law of Canada be stated in a new code which is systematic, comprehensible, moderate and complete and which is made in Canada by Canadians and for Canadians.

This code, in harmony with the Canadian Charter of Rights and Freedoms, governs the prosecution and evidence of conduct that constitutes offences under the statutes of the Parliament of Canada by explicitly stating the essential characteristics of offences and the grounds of defence against them;

The code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

3.2 Content of a general part

In the Canadian legal context, the major principles of criminal liability and the determination of guilt in the context of a criminal trial are set forth in the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Those major principles must now be implemented within the Criminal Code. The codification effort in the area of procedure was largely completed in the Code of 1955, but, as seen above, this entire task lies ahead in the case of the general principles of criminal liability.¹⁰

In a well done codification, principles and rules are stated in clear, simple and concise terms. As the Honourable Jean-Louis Beaudoin notes:

A code is a whole, a body, an organized, logical structure in which all the elements are interdependent, since it states the law with regard to principles and major rules...¹¹

A codification of general principles therefore presupposes that the conditions of criminal liability and grounds for exoneration are clearly stated. In this regard, the Barreau du Québec believes it is necessary to define the essential elements of all prohibited conduct in their moral and material components. In addition, each of the terms referring to known concepts which Parliament wishes to preserve should be defined. Then, in the wording of every offence, Parliament should use this vocabulary in order to avoid difficulties which legal experts are currently encountering because of changes in vocabulary. The following examples will illustrate these remarks.

The expression "strict liability" is currently used to mean liability based on presumed negligence; that is to say that, on evidence of actus reus, the accused is presumed guilty of the offence unless he shows reasonable diligence. But this has not always been the case. Before the Supreme Court ruled in Sault Ste-Marie, the expression "strict liability" was understood in the sense of the current expression "absolute liability".¹²

The expression "mens rea" should refer exclusively to the idea of a subjective foreseeability;¹³ however, the expression [TRANSLATION] "mens rea of negligence" is often heard, but it is

incorrect from the point of view of the general theory of criminal liability.

The distinction between general intent and specific intent, if maintained, should be clarified. Parliament should inform the legal community in clear terms of the vocabulary which enables one to determine the existence of either one of the states of mind to the exclusion of the other. It is unthinkable that a litigant should have to appeal his case to the Supreme Court of Canada to determine the exact nature of the essential elements which must be established against him by the Crown and, correlative, the defence arguments which he can legally offer.

PART II: SPECIFIC COMMENTS

As stated in the introduce above, the Barreau du Québec does not intend to answer all the question asked. However, it wishes to set out its position on the questions stated below, which will be addressed in the order in which they appear in the consultation paper.

1. Principle of legality

As stated above, the Barreau du Québec believes there is no point in reproducing the content of section 11 of the Charter in the new Code. However, the rules of application of the rights guaranteed in that section, be they rules concerning territorial application or the application in time of the Code's provisions, or those concerning cases in which an inversion of the burden of proof could be authorized should be contained in the general part.

As to the third question under this heading, on page 14 of the consultation paper, we should note first that the principle stated in section 9 of our present Criminal Code renders impossible the automatic incorporation of international offences, that is to say those under international common law or treaties ratified by Canada. That, at least, is the conclusion reached by the Commission of Inquiry on War Criminals.¹⁴

If Parliament decided to permit automatic incorporation of such offences in the new Code by rescinding section 9, we fear the courts might conclude that such an amendment to the principle of

legality as we know it might be contrary to section 7 of the Charter.

The principles of international law must be incorporated more clearly. Subsection 75(1) of the Criminal Code concerning piracy does so in a manner compatible with section 9 of the Code. It reads as follows:

[Piracy by law of nations - punishment]

75.(1) Everyone commits piracy who does any act that, by the law of nations, is piracy.

The Barreau du Québec believes it is imperative, however, that Parliament express itself in language which litigants can understand.

Consequently, we think it is preferable that Parliament incorporate in its domestic law rules of conduct that citizens must obey under pain of criminal prosecution and which arise from Canada's international commitments. Since they normally fall under special criminal law, they should not be contained in the general part of the code. Only those rules concerning the extra-territorial application of our law or its application in time should be contained in the general section.

In concrete terms, the general part should contain the following statements:

- (1) Except where provision is made to the contrary, only offences committed within Canada's territorial limits may be prosecuted before Canadian courts.¹⁵

(2) Except where provision is made to the contrary, provisions creating offences have no retroactive application.

2. Conduct and guilt

The Barreau du Québec believes that the principles arising from Sault Ste-Marie, as subsequently stated by the Supreme Court in cases concerning the Canadian Charter of Rights and Freedoms, should be codified in the general part.

The general part should thus contain provisions addressing the following questions:

- Regarding the distinction between criminal and regulatory offences, the general part could state the rule that all Criminal Code offences are criminal offences within the meaning of subsection 91(27) of the Constitution Act, 1867, and all offences under other statutes are regulatory offences;
- As regards criminal intent, the general part should state the following rules:

In principle, criminal offences require that there be a subjective criminal intent (*mens rea*). However, Parliament may eliminate this restriction and replace it by negligence if it so indicates clearly. It should also be stated that absolute liability is impossible in cases of criminal offences;

Regulatory offences are, in principle, matters of strict liability, that is to say that the accused may prove his innocence by demonstrating reasonable diligence by a preponderance of evidence. The general part should also indicate, using appropriate vocabulary, that Parliament may provide that a regulatory offence requires *mens rea*, in which case grounds of defence and the burden of proof applicable to criminal offences apply.¹⁶

The general part should also address the question whether, even in the context of a regulatory offence, it is acceptable that Parliament be able to impose absolute liability. The general part should make express provision that Parliament may impose absolute liability for a regulatory offence in the following cases only:

- the offence is created to remedy a situation resulting from extraordinary conditions such as a state of war, natural disasters or epidemics;¹⁷
- the offence may be committed only by a moral person;
- the offence is a violation.¹⁸

Lastly, the general part should state how Parliament should express itself so that absolute liability may be determined.¹⁹

In this connection, the vocabulary used in subsection 94(2) of the Motor Vehicle Act of British Columbia (as studied in the reference of the same name) is an interesting example. This paragraph reads as follows:

(2) Subsection 1 creates an absolute liability offence in which guilt is established by proof of driving, whether or not the defendant knew of the prohibition or suspension.

2.1 Omissions and duties

The Barreau du Québec considers that incriminating omissions, particularly failure to assist a person in danger, is a political choice.

If Parliament decides to incriminate conduct by omission, the general part should specify that an omission cannot give rise to liability unless the accused had a legal obligation to act, which could be stated either in the general part of the Code or in the provision creating the offence. The general part of the Code should also specify that a duty to act set out in a provincial statute or in the common law may not be invoked in the context of a criminal offence.²⁰ The Barreau du Québec considers that indictable conduct must be the same no matter the province or territory in which it takes place.

2.2 Consent to death

The Barreau du Québec has studied, although summarily, the question of consent to death in light of civil decisions by the Superior Court of Quebec²¹ and of the tabling and consideration of Bill C-203.²² To do so, it studied the content of the brief prepared in February 1992 by the Law Reform Commission of Canada concerning this bill, as well as previous documents on the same question.²³

The Barreau du Québec can only observe, and consequently criticize, the uncertainty that reigns in Canada over the law that is applicable in this matter. The apparent contradiction between the civil law and criminal law contributes to that uncertainty. The public deserves to have Parliament examine this delicate question and clarify the law.

The Barreau du Québec favours the position advanced by the Law Reform Commission of Canada regarding the necessity of reform and joins with it in subscribing to the basic content of Bill C-203 (which ultimately was not passed), that is to say the desire to protect physicians from criminal liability in clearly-defined circumstances.

2.3 Liability of moral persons

The Barreau du Québec subscribes to the position of the task force on the general part regarding the liability of moral persons stated on pages 43 and 44 of the consultation paper. The corporation should be liable for any criminal and regulatory offence where its employees or officers have acted within the limits of their apparent powers, unless it can show that it had taken reasonable steps to prevent the crime in question.

Furthermore, the Barreau du Québec is of the view that this same rule should apply to groups such as unions and religious sects, which are not moral persons and to which other types of collective action may be attributed.

3. **Excuses and justifications**

The Barreau is delighted to see that Parliament is preparing to classify grounds of defence in two categories: excuses and justifications. However, although the distinction between the two types of defence is philosophically an easy one, in practice, there are many stumbling blocks to the implementation of these concepts. To mention only one example, how can an error concerning the existence of a justification be classified in conceptual terms? Parliament should reflect on this question, which arises in practice, particularly in the context of the legitimate defence and use of force by persons in authority.²⁴

The Barreau has chosen to address the question in a pragmatic manner and to indicate the solutions it envisages to certain problems which arise in practice, leaving it to the legal experts to incorporate those suggestions where they deem appropriate.

3.1 Error as to the existence of grounds of defence

The Barreau is particularly concerned by the findings that have given rise to certain murder trials in which the defence offered, without in principle being admissible, nevertheless elicited the sympathy of the jury. One example is the case of a convenience store owner who shoots a fleeing thief or of a woman or child victim of family violence who attacks and kills the violent husband or father in his sleep.

The Barreau du Québec suggests that, given the particular, not to say unique, nature of murder from the point of view of both stigma and sentence, Parliament recognize, in addition to the defence of provocation, that a conviction for culpable homicide²⁵ be secured in the following cases:

- excessive force in legitimate defence (of persons and property);
- excessive force in execution of the law;
- homicide committed by victims of marital or family violence (established by expert evidence).

3.2 Voluntary intoxication

The Barreau du Québec believes it is up to Parliament to choose between permitting the defence of drunkenness for all crimes or not permitting it at all. This is a political and social choice. If Parliament wishes to make people who drink alcohol more liable because it finds that alcohol consumption leads to abuses, it may choose not to permit this defence.²⁶

The Barreau du Québec considers that Parliament must clarify the law in this matter, without, as indicated above, resorting to the artificial distinction between crimes of general intent and those of specific intent. If Parliament decides to disallow the defence, it should clearly state that the defence of voluntary intoxication is not admissible and must not lead to acquittal. However, it could make it a factor which the judge would have to take into account in determining the appropriate sentence, without however being forced to give it a discreditable value.

If this were to be Parliament's choice, for the reasons indicated in section 3.1 above, Parliament should nevertheless provide for an exception for murder. The Barreau du Québec suggests that Parliament maintain a defence of voluntary intoxication reducing murder to manslaughter where the homicide is committed by a person intoxicated to the point of being incapable to formulate the necessary intent for murder.

4. Inchoate offences

4.1 Attempts

The Barreau du Québec would be satisfied with a definition of attempts that would codify Deutsch.²⁷ Use of the expression "act of perpetration" would be preferable from this point of view to the suggestion made in the consultation paper, which would have defined the actus reus of the attempt as follows:

[TRANSLATION]

... the act which the accused committed or failed to commit must constitute an important step [démarche importante] toward the perpetration of the offence.²⁸

(Our emphasis)

The Barreau du Québec believes that, given the real difficulty in distinguishing the act of perpetration from mere preparation, the present subsection 24(2) of the Criminal Code should be maintained. Making the issue a matter of law enables the judge to decide it and confers an equal right of appeal on both parties.

The Barreau du Québec feels that the sentence should be the same as for the completed crime, leaving the trial judge the necessary latitude to determine the term.

4.2 Conspiracy

The Barreau du Québec believes that the general part of the Code should contain a definition of what is meant by the expression "conspiracy", in the same way as is done in the present Criminal Code for attempts.

Conspiracy should be defined as an agreement between two or more persons to commit an offence. The code should abolish the archaic rule that husband and wife may not conspire together.²⁹

The definition should also provide that the fact that one of the parties to the agreement did not intend to act on that agreement does not affect the liability of the other party to the agreement. The Barreau du Québec feels that the rules stated in O'Brien³⁰ may lead to unjustified acquittals. Furthermore, the "defence" of police provocation which the Supreme Court of Canada recognized in Mack³¹ is extremely narrow. If the Barreau's suggestion is accepted, the conditions of admissibility should be reviewed, if not for all offences, at least for inchoate offences in order to prevent unjust convictions.

5. Participation in offences

5.1 Forms

The Barreau du Québec does not believe it is desirable to adopt the suggestion made by the Law Reform Commission of Canada that a specific infraction be created for all parties to the infraction (a complice, co-conspirator and instigator) who are not the true authors of the offence. One need only think of a case such as that illustrated in Thatcher³² to be convinced of the dangers involved in proceeding in this manner. Of course, the Crown could include in the same indictment a charge that the accused was the true author of the crime and that another promoted its commission. However, the jury could find itself in the delicate position of having to acquit a person despite being convinced that that person was involved in the perpetration of a crime, simply because the members of the jury disagree over the manner in which the crime was committed or the exact nature of the accused's participation in it.

The Barreau du Québec is of the view that all the forms of criminal participation should be contained in one and the same provision, rather than see inducement treated in a separate section. The Barreau's answer to the first question under "Aid and Encouragement" on page 129 of the consultation paper is therefore no. For the same reasons, the answer to the first part of the first question under "Counsel" on page 136 of the said document must also be no. As to the second part of that question, the Barreau considers it is not appropriate to extend the field of action of criminal law beyond its current bounds to include attempts to provide aid, encouragement or inducement. We would be

very close to incrimination based solely on criminal intent, something that would be contrary to the principles of fundamental justice.

As to the question of passive presence on the scene of a crime, the Barreau believes that, in certain circumstances, it should be considered as an encouragement. The facts of Dunlop & Sylvester³³ are such that it would not necessarily appear shocking for a court to find persons who watched this rape as spectators guilty.³⁴ However, the example, given by Dickson J. in the same judgment, of the city-dweller who impassively watches a crime in a subway station is not one in which one can immediately conclude that that person participated in the crime committed.³⁵ The Barreau du Québec believes that the question of mere presence should be assessed on a case-by-case basis. To prevent jurors from debating the question interminably, the solution adopted regarding attempts seems appropriate. It is the trial judge who should decide the point of law whether the conduct of an accused in a given case constitutes encouragement.

The provision considered should thus state that a person commits an offence who:

- actually commits it;
- provides assistance;
- provides encouragement;
- provides inducement.

Encouragement should then be defined as including passive presence if the latter has the desired effect of encouraging another person to perpetrate the offence. The fact should also be reiterated that there is inducement even if the offence is committed in a manner different from that suggested.

5.2 Moral aspect of criminal participation

Lastly, it should be specified that, for these three types of criminal participation (assistance, encouragement and inducement), the accused must have intended that his conduct would achieve such a result or foreseen that such would be the virtually certain consequence of it.³⁶

5.3 Liability for derivative offences

There should then be a second provision concerning the commission of offences which were a foreseeable consequence of the conspiracy or inducement. The Barreau du Québec recommends maintaining subsections 21(2) and 22(2) of the present Criminal Code, with amendments so that there is liability only in cases where the accused had subjectively foreseen that the likely consequence of the execution of the conspiracy or counsel would have been the commission of the offence. Such an amendment would be consistent with practice since the Supreme Court decisions regarding the requirements pertaining to the blameworthy state of mind arising from section 7 of the Charter.³⁷

The Barreau's position on this question appears consistent with the formulation of the second question under the heading "Common Intent" on page 133 of the consultation paper.

6. Sentencing principles

As the Barreau recommended in its brief on sentencing, correctional affairs and parole,³⁸ in answer to a question concerning the impact of a reorganization of Part XXIII of the Criminal Code on access to the right to sentencing:

[TRANSLATION]

Given the importance of the sentence in the criminal process, we believe that sentencing principles should be contained in the general part of the Code.

We also note that sentencing principles are included in the general part of all the major foreign criminal codes.

CONCLUSION

To be carried out, a codification process of this scope requires a true willingness of the minister's part to complete it and solid support by the legal community. This is what the Honourable Jean-Louis Beaudoin believes:

[TRANSLATION]

For the new code to be assured of the success it deserves, a certain number of political conditions ... must be met. The first and most obvious is the political will ... to bring the project to term ... The others, in my view, are divided into two major categories: the conditions attaching to the project itself and those pertaining to the legal community which will receive the new code.³⁹

Judging by the recent creation of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General subcommittee responsible for reporting to the Minister of Justice on the outcome of the consultations and hearings which should take place in June 1992,

it is to be hoped that the general part of the Criminal Code will be recodified in the very near future in order to mark the one hundredth anniversary of the adoption of the Criminal Code.

Furthermore, to ensure the legal community's agreement and obtain its support for a sound interpretation, given the changes that will result from the recodification, Parliament should prepare a report of the codifiers or make explanatory notes available. Such an effort could help reduce the resistance that will not fail to materialize.⁴⁰

In closing, the Barreau du Québec wishes to reiterate that it is available to answer any other question which may arise in the course of the codification process. In the same spirit, it will also be pleased to comment, at the appropriate time and in the appropriate place, on the bill that results from the legislative committee's proceedings.

Barreau du Québec
Research and Legislation Service

FOOTNOTES

¹ LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, Towards a Codification of Canadian Criminal Law, Ottawa, 1976, no. 2.11, p. 27.

² Ibid., no. 2.09, p. 26.

³ Ibid., no. 2.23, p. 30.

⁴ Ibid. nos. 1.59 and 1.60, p. 21.

⁵ Ibid. no. 1.65, p. 23.

⁶ Jean-Louis BEAUDOIN, [TRANSLATION] "The codification process from a historical and political perspective," lectures on the new Quebec Civil Code, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1992, p. 14. It goes without saying that, in that part which describes prohibited conduct, there can be no question of the Canadian Criminal Code tending toward a true codification. The principle of the legality of offences as well as the proscription of analogical interpretation make it impossible to achieve this objective.

⁷ R. v. Sault Ste-Marie [1978] 2 R.C.S. 1299.

⁸ See on this point the articles cited in the footnotes on page 44 of the text by Alain-François BISSON published under the title, [TRANSLATION] "Duality of Systems and Civil Codification," lectures on the new Quebec Civil Code, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1992. It should be noted that the Barreau du Québec has stated its position on the inclusion of a preliminary provision in the Civil Code ("Droit des personnes P.L. 20," Barreau du Québec, May 1985, p. 3, and "Des personnes P.L. 125," Barreau du Québec, August 1991, pp. 2-3). It examined the relevance of such a provision since neither the Code Napoléon nor the Civil Code of Lower Canada contains one. (It should be mentioned in this regard that, in criminal matters, none of the European criminal codes which we studied contains a provision similar to those that were proposed to us.) Furthermore, the Barreau du Québec did not consider it necessary for explicit reference to be made to the Charter of Human Rights and Freedoms since section 52 of the Charter states that every statute, even future statutes, must be consistent with it. Lastly, the Barreau found it was incorrect to say that the Civil Code "is the foundation of all other laws". If that means that the Civil Code is the foundation of statutes that derogate from it, the Barreau cannot subscribe to it. Lastly, the Barreau du Québec would like the wording to be changed in order to prevent any interpretation not consonant with the reality.

9 Ibid., p. 45.

10 This is also the case regarding the rules of evidence. In this area, the draft code of evidence proposed by the L.R.C.C. in 1975 did not receive the welcome it deserved from the Canadian legal community. Bill S-33, tabled in the Senate in 1982, did not have all the necessary characteristics to be considered a code. Nor did it receive any more favour from Canadian legal experts. Since then, however, with the aid of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the Supreme Court of Canada has indirectly proceeded to codify the principal rules of evidence. See for example Khan [1984] 2 S.C.R. 62, and its rationalization of the rules of exclusion of hearsay, as well as Seaboyer [1991] 2 S.C.R. 577 and its statement of the concept of relevance with regard to the interests and values that clash during a criminal trial. But the Supreme Court itself recognized in Salituro [1991] CSEB 207 the limits of its own power to modernize the rules of evidence and the need for legislative intervention. Since the first Evidence Act also dates from 1893, Parliament should consider truly codifying the rules of evidence. It is not clear that Canadian legal experts would not be prepared to welcome this effort.

11 J.-L. BEAUDOIN, op. cit., note 6, p. 16.

12 For illustration purposes, see LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, "Criminal Law, the Notion of Blame - Strict Liability", Working Paper 2, Ottawa, 1974.

13 To borrow the expression of Mr. Justice Lamer in R. v. Vaillancourt [1987] 2 S.C.R. 636.

14 Report of the Commission of Inquiry on War Criminals, Part I: Public (Deschênes Report) Ottawa, Department of Supply and Services Canada, 1986, pp. 121 ff.

15 The wording of the present subsection 6(2) of the Criminal Code could also be used.

16 To avoid uncertainty arising from Strasser v. Roberge [1979] 2 S.C.R. 953.

- 17 This vocabulary is taken from the reference on the Motor Vehicle Act (B.C.) [1985] 2 S.C.R. 486.
- 18 If Bill C-46 concerning violations of federal statutes were adopted. The Barreau du Québec stated its observations on this bill in a brief entitled, [TRANSLATION] "Brief on the Act Concerning Violations of Federal Statutes," Barreau du Québec, March 1992.
- 19 To avoid any debate such as that illustrated in R. v. Chapin [1979] 2 S.C.R. 121.
- 20 St-Germain [1976] C.A. 185 would thus be excluded so that, even though, in Quebec, subsection 2(2) of the Charter of Human Rights and Freedoms provides that every person shall provide assistance to anyone whose life is in danger, that duty may not form grounds for a criminal proceeding.
- 21 See Nancy B. vs. L'hôtel-Dieu de Québec et al., C.S. Québec, no. 200-05-003232-910, January 6, 1992, Dufour J., and Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. vs. Robert Corbeil et al., C.S. St-Jérôme, no. 700-05-002743-916, January 22, 1992, Rouleau J.
- 22 Private member's bill tabled in the House for first reading on May 16, 1991.
- 23 LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, brief to the Special Committee on Bill C-203, Ottawa, 1992. See also L.R.C.C., "Euthanasia, Aiding in Suicide and Cessation of Treatment," Working Paper 28, Ottawa, 1982, and "Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment," Report 20, Ottawa, 1983.
- 24 The Barreau du Québec responded to the request of the Department of Justice for consultation on the use of force by persons in authority. See "Brief on Section 25 of the Criminal Code," Barreau du Québec, July 1991.
- 25 "Culpable homicide" is a more felicitous expression than "manslaughter", which creates confusion in the citizen's mind.
- 26 As it is preparing to do regarding sexual aggression. See Bill C-49.

27 [1986] 2 S.C.R. 2.

28 See p. 123 of the consultation paper.

29 Marriage does not constitute a barrier behind which persons may escape from criminal liability.

30 [1954] S.C.R. 666.

31 [1988] 2 S.C.R. 903.

32 [1987] 1 S.C.R. 652.

33 [1979] 2 S.C.R. 881.

34 If they are actuated by the very strictly defined blameworthy state of mind required for conspiracy. See section 5.2 below.

35 As indicated above, failure to provide assistance could perhaps constitute an offence *per se*, but it should not constitute the *actus reus* of criminal participation.

36 See on this subject Buzzanga and Durocher (1980) 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.).

37 See on the subject R. v. Vaillancourt [1987] 2 S.C.R. 636, R. v. Martineau [1990] 2 S.C.R. 633, R. v. Sit [1991] 3 S.C.R. 124 and R. v. Logan [1990] 2 S.C.R. 731.

38 February 1991 (revised version July 1991), pp. 20-21.

39 J.-L. Beaudoin, op. cit., note 6, pp. 19-20. He was discussing the conditions for success of the recodification of the Civil Code.

40 That suggestion was made by the Honourable Jean-Louis Beaudoin, op. cit., note 35, p. 20, and adopted in 1977 by the Office de révision du Code civil (O.R.C.C.), which had tabled a detailed report on each of the proposed articles, and in June 1991 by the Quebec Ministry of Justice, which tabled preliminary comments on each of the articles of Bill C-125. In the coming months, the National Assembly should adopt final comments based on parliamentary committee proceedings.

APPENDICE «CODE-5»(TRADUCTION)**LA NOUVELLE CODIFICATION DE LA
PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL
DU CANADA**

Mai 1992

**Barreau du Québec**

MÉMOIRE SUR LA NOUVELLE CODIFICATION
DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU CODE CRIMINEL DU CANADA

PRÉSENTÉ À LA MINISTRE DE LA JUSTICE
ET
AU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL

Mai 1992

LE COMITÉ PERMANENT DU BARREAU DU QUÉBEC EN DROIT CRIMINEL:

Me Louise Viau, présidente
Me Lise Côté
Me Guy Cournoyer
Me Michel F. Denis
Me François Handfield
Me Claude Leblond
Me Georges Letendre
Me Richard Masson
Me Ellen Paré
Me Claude Provost
Me Carol St-Cyr

Me Josée-Anne Simard, secrétaire
Service de la recherche et de la législation
BARREAU DU QUÉBEC

Dépôt légal - 2^e trimestre 1992

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

PARTIE I : COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

1. L'opportunité politique d'une nouvelle codification
2. La nécessité juridique d'une nouvelle codification
3. La facture d'un nouveau code criminel
 - 3.1 L'inclusion d'un préambule
 - 3.1.1 L'harmonisation du code avec la Charte canadienne des droits et libertés
 - 3.1.2 La portée générale et supplétive du nouveau code
 - 3.1.3 Le préambule proposé
 - 3.2 Le contenu d'une partie générale

PARTIE II : COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES

1. Le principe de la légalité
2. La conduite et la culpabilité
 - 2.1 Les omissions et les devoirs
 - 2.2 Le consentement à la mort
 - 2.3 La responsabilité des personnes morales
3. Les excuses et les justifications
 - 3.1 L'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense
 - 3.2 L'intoxication volontaire
4. Les infractions inchoatives
 - 4.1 La tentative
 - 4.2 Le complot
5. La participation aux infractions
 - 5.1 Les modalités
 - 5.2 L'élément moral de la participation criminelle
 - 5.3 La responsabilité pour les infractions dérivées
6. Les principes régissant la sentence

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le Barreau du Québec a été invité à participer à la consultation menée par le ministère de la Justice du Canada sur la codification des principes généraux de la responsabilité pénale. A cette fin, a été soumis un document de consultation intitulé «Pour une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel du Canada».

Plus récemment, le greffier du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général a soumis au Barreau la question de l'ajout d'un préambule au nouveau code. Il nous a transmis copie de deux versions possibles d'un tel préambule dont une émanait d'un document de la Commission de réforme du droit du Canada où celle-ci expliquait les motifs pour et contre l'inclusion d'un tel préambule. Nous y reviendrons dans notre mémoire.

Le Barreau du Québec est d'avis qu'il est politiquement opportun et juridiquement nécessaire de procéder à la codification des principes généraux de la responsabilité pénale pour les motifs exposés ci-après et est heureux de s'associer à l'effort national de réflexion engagé par le ministère de la Justice.

Comme il est illustré à la table des matières, notre mémoire sera structuré en deux parties. La première abordera de façon générale les principes qui justifient une nouvelle codification. Ainsi on y discutera de l'opportunité politique et de la nécessité juridique d'une nouvelle codification. Le chapitre de la facture d'un nouveau code criminel abordera les questions de l'inclusion d'un préambule et de l'harmonisation du code avec la Charte canadienne des droits et libertés. Cette partie se conclura sur ce que devrait contenir une partie générale.

La deuxième partie visera la formulation de commentaires spécifiques à l'égard de certaines questions posées au document de consultation déjà cité.

Ce document de consultation ayant été préparé il y a déjà un certain temps, des décisions de la Cour suprême du Canada interprétant les droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés ou modifiant autrement le droit pénal de même que quelques lois adoptées par le Parlement rendent certaines questions quelque peu désuètes. C'est pourquoi nous n'avons pas l'intention de répondre à toutes et chacune des questions qui sont posées au document de consultation.

Au surplus, afin que le nouveau code soit un tout cohérent, le législateur se devra de trancher un certain nombre de questions en effectuant des choix fondamentaux au niveau des valeurs qui doivent sous-tendre le nouveau code. En effet, l'interrelation entre les droits individuels et les droits collectifs est souvent au cœur du débat concernant la partie générale du droit pénal. Le Barreau du Québec s'est donc attardé aux questions qui comportent de tels choix politiques qui devront de toute nécessité être effectués par le législateur à l'occasion de l'adoption d'un nouveau code de même qu'à certaines autres questions qui posent des difficultés dans la pratique quotidienne tant pour les avocats de la défense que pour les procureurs de la Couronne.

PARTIE I : COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

1. L'opportunité politique d'une nouvelle codification.

Le Canada fêtera bientôt le centenaire de son premier Code criminel. Comment pourrait-on mieux fêter cet anniversaire qu'en se dotant d'un nouveau code mieux adapté à la réalité canadienne actuelle?

A vrai dire, le Code criminel qui nous régit n'a pas cent ans. En effet, en 1955, entrait en vigueur un code révisé, issu du Code de 1893, mais qui s'en distinguait principalement par l'abolition du recours à la common law dans le processus d'identification et de description des conduites prohibées. On a parlé de ce code comme d'un effort de canadianisation du droit criminel qui s'est traduit par «une première tentative du droit pénal canadien de s'associer à la famille des droits écrits¹».

Le processus enclenché par le Code de 1955 doit être complété. En effet, si le «cordon ombilical a été coupé au niveau du droit des infractions²», cet exercice reste à faire en ce qui a trait aux principes généraux de la responsabilité pénale qui demeurent tributaires de la common law.

Le maintien des principes de common law consacré par les articles 8 et 9 du Code criminel actuel se traduit en fait par une certaine abdication du Parlement face aux tribunaux à qui il laisse «le soin et la responsabilité de faire évoluer le droit et de l'adapter aux situations nouvelles résultant des transformations

sociales³». Le Barreau du Québec croit qu'il serait plus démocratique que le Parlement exerce pleinement sa compétence en matière de droit criminel et édicte non seulement les conduites qu'il entend prohiber mais également les conditions de la responsabilité pénale et les moyens de justification et d'excuse qu'il autorise pour la disculpation du contrevenant. Une telle codification se justifie non seulement pour des raisons d'ordre politique; elle est également juridiquement nécessaire.

2. La nécessité juridique d'une nouvelle codification.

Pourquoi codifier, diront certains, alors que la common law nous a si bien servis jusqu'à présent? Pour répondre à cette question, il importe d'abord de vérifier le bien-fondé de cette affirmation et ensuite de voir quel serait l'impact d'une codification des principes généraux du droit pénal.

Notons d'entrée de jeu que le maintien en vigueur de la common law par le Code de 1955 en ce qui a trait à la responsabilité pénale n'a pas empêché le droit canadien de s'éloigner de la common law britannique, source historique de notre droit pénal. Si maintien de la common law il y a, il faut bien admettre que celle-ci comporte de moins en moins de ressemblances avec la common law qui a été introduite au pays au moment de la Conquête ou qui s'est développée depuis lors en Angleterre. En effet, les tribunaux canadiens ont progressivement mis en place un système de règles non écrites qui cadrent davantage avec la réalité canadienne que ne le feraient les règles élaborées par la Chambre des Lords.

Cependant le recours à la common law fait de notre droit pénal un droit accessible aux seuls juristes et encore, à une minorité d'entre eux spécialisés dans ce domaine. Or, il est nécessaire

que le droit pénal soit accessible à l'ensemble de la population canadienne car le droit pénal est celui que la population se donne pour protéger les valeurs auxquelles elle croit.

La codification des principes généraux de la responsabilité pénale contribuerait à faire connaître à tous les citoyens, quelle que soit leur langue, leur religion ou leur culture, les valeurs fondamentales qui sont à la base de notre système de justice pénale. Lors de l'adoption du Code de 1893, et c'était probablement toujours vrai en 1955, les normes religieuses et sociales coïncidaient avec les normes du droit pénal de telle sorte qu'en connaissant et respectant les premières, une personne avait l'assurance de ne pas enfreindre les secondes⁴. Mais telle n'est plus la réalité canadienne. Dès lors la fonction éducative du droit pénal devient de plus en plus importante. Or celle-ci est tributaire d'une publicité adéquate des normes du droit pénal.

Comme le faisait remarquer la Commission de réforme du droit du Canada dans un document intitulé «Pour une codification du droit pénal»:

« Sur le seul plan de l'information générale, la technique de la codification présente donc, pour le public en général, un avantage substantiel, en ce qu'elle lui facilite l'accès aux normes imposées par le législateur. Ainsi, au sens large du terme, elle contribue à ramener la justice au niveau du citoyen et à exemplifier les fonctions éducatives et préventives du droit pénal. On ne doit pas oublier, en effet que pour qu'un système soit viable, il doit être accepté par les citoyens et donc que ceux-ci doivent pouvoir y avoir accès, le connaître, en saisir la rationalité et le critiquer⁵».

La codification nous paraît un véhicule approprié pour atteindre cet objectif. Bien sûr l'idée même de la codification doit être bien comprise afin d'éviter les écueils qui guettent le législateur qui se lance dans une telle entreprise. D'aucuns diront en effet que la tâche est irréalisable; d'autres que son succès se fera au prix d'une sclérose du droit. Ces appréhensions procèdent d'une incompréhension de ce qu'est une véritable codification.

La tâche serait en effet irréalisable si on prétendait, par la codification, tout prévoir et éviter toute intervention judiciaire. Comme le faisait remarquer l'Honorable Jean-Louis Baudouin:

« (...) un Code, d'une part, ne peut avoir la prétention de tout dire et de tout prévoir et, d'autre part, doit s'exprimer surtout au niveau des principes et des règles générales et non sous la forme détaillée représentée par ce que l'on appelle parfois la «législation statutaire⁶». »

Au surplus, qui dit codification ne dit pas nécessairement révolution, bien que celle-ci puisse être l'occasion de repenser le droit tel qu'on le connaît actuellement. Ainsi les principes généraux de la responsabilité pénale élaborés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Sault Ste-Marie⁷ auraient intérêt à se retrouver dans un nouveau code, tout autant que les règles de mise en œuvre du droit à la présomption d'innocence en regard des infractions criminelles, d'une part, et réglementaires, d'autre part, pour ne donner que ces deux exemples où les décisions de la Cour suprême du Canada sont venues chambarder le droit. Faute de rationalisation législative, le justiciable doit actuellement s'en remettre aux déterminations ponctuelles effectuées par la Cour suprême, dans des arrêts qui laissent bien des questions sans réponses.

Le Barreau du Québec considère qu'il est impérieux de procéder à la codification des règles sous-jacentes à la responsabilité pénale qui s'articulent autour des droits garantis par la Charte.

En effet, un effort de structuration des conditions de la responsabilité pénale s'impose tout particulièrement en raison de la portée donnée par la Cour suprême à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés. Il en va de la sécurité juridique essentielle à l'adhésion du citoyen à notre système de justice pénale. Or, actuellement, la certitude du droit est une valeur que l'on ne peut qu'évoquer avec nostalgie.

3. La facture d'un nouveau code criminel.

Sur ce point, nous aborderons d'abord la question de l'opportunité d'inclure un préambule dans le nouveau code et ensuite nous exposerons de façon générale les questions qui devraient être incluses dans la partie du code ayant trait aux principes généraux de la responsabilité pénale.

3.1 L'inclusion d'un préambule

Le Barreau du Québec s'est penché sur la question de l'inclusion d'un préambule au nouveau code criminel et a considéré les deux modèles qui lui ont été soumis. Les craintes exprimées par les commissaires majoritaires de la Commission de réforme du droit sont sérieuses et ne sauraient être écartées du revers de la main.

Des deux modèles proposés, celui de la Commission de réforme du droit du Canada semble être le moins inacceptable. En effet, tous deux soulèvent des difficultés majeures particulièrement dans leur indication selon laquelle on ne devrait recourir à la répression pénale que si les contrôles sociaux se sont avérés inefficaces. S'il est vrai qu'en principe un préambule ne doit pas servir à des fins d'interprétation législative, ne pourrait-on pas néanmoins plaider, dans le contexte juridique canadien actuel, que les principes qui seraient énoncés dans le préambule du nouveau code sont des principes de justice fondamentale au sens de

l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? Si tel devait être le cas, des débats préliminaires qui pourraient être interminables, risqueraient de ponctuer les procès pénaux dans des domaines aussi variés que la violence conjugale, la prostitution, la possession de drogues, etc..

Le Barreau du Québec est donc opposé à l'inclusion d'un préambule qui serait rédigé selon les modèles proposés. Toutefois il serait prêt à considérer comme valable un préambule qui se limiterait aux seuls attendus du modèle proposé par les commissaires minoritaires de la Commission de réforme du droit du Canada.

Le Barreau du Québec tient également à souligner que les avantages et inconvénients de l'inclusion d'un préambule ont été discutés à l'occasion de la réforme du Code civil du Québec⁸. La solution retenue par le législateur québécois, une fois transposée dans le contexte d'un code pénal, pourrait rallier les tenants et les opposants d'un préambule. Le Code civil que vient d'adopter le Québec comporte en effet une «Disposition préliminaire», moins «bavarde» qu'un préambule mais qui «dit malgré tout l'essentiel»⁹. Elle se lit comme suit:

« Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger».

Bien sûr, il s'agit là d'une disposition préliminaire d'un code civil. Elle ne saurait être adoptée intégralement dans le contexte d'un code pénal. Cependant, les deux thèmes qu'elle

comporte pourraient adéquatement refléter les impératifs d'une telle disposition dans le contexte pénal. Une fois transposée, une disposition préliminaire au code pénal pourrait également avoir deux composantes: d'abord, elle pourrait réitérer la nécessaire harmonisation du code avec la Charte canadienne des droits et libertés; ensuite, elle pourrait expliciter la portée à la fois générale et supplétive des règles qui y sont énoncées.

3.1.1 L'harmonisation du code avec la Charte canadienne des droits et libertés

La disposition préliminaire servirait à rappeler que les règles énoncées au code ne sont pas censées déroger aux droits garantis par la Charte ou, si elles y dérogent, que le législateur considère, et est en mesure d'établir à la satisfaction des tribunaux, que la dérogation se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans un tel contexte, il y a lieu de répondre par la négative à la deuxième question de la rubrique «Principe de la légalité» que l'on retrouve à la page 14 du document de consultation et qui porte sur l'opportunité de reproduire à la partie générale du nouveau code, l'article 11 de la Charte. Nous reviendrons sur cette question plus loin dans notre mémoire.

3.1.2 La portée générale et supplétive du nouveau code

Dans l'état actuel de notre droit, les juristes réfèrent aux principes et aux règles élaborées par les tribunaux quant à la détermination des éléments essentiels d'une infraction et quant aux moyens de défense qui peuvent être soulevés autant lorsqu'il s'agit d'une infraction réglementaire que d'une infraction criminelle au vrai sens du mot. Le Parlement fédéral ayant une compétence en matière pénale plus étendue que celle découlant de la seule mise en

oeuvre du paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867, il est donc essentiel que soit indiquée clairement la portée que le législateur entend donner à la partie générale du nouveau code. Le Barreau du Québec est d'avis que la partie générale devrait préciser les principes généraux applicables autant aux infractions réglementaires qu'aux infractions criminelles. S'il devait en être autrement, on pourrait assister à l'émergence de deux séries de règles, l'une législative, l'autre jurisprudentielle, plus ou moins semblables. Cela rendrait la connaissance du droit beaucoup plus difficile et pourrait entraîner des erreurs dans l'hypothèse où des jugements concernant les unes seraient invoqués pour l'application des autres.

Si le nouveau code devait s'appliquer en principe à toute infraction pénale fédérale, il serait dès lors opportun d'intituler le nouveau code «Code pénal canadien», de préférence à l'appellation actuelle de «Code criminel». D'ailleurs, dans l'état actuel du droit, cette dernière expression est trop limitative et par conséquent trompeuse puisque c'est au Code criminel que l'on trouve les règles régissant la procédure et la sanction des infractions réglementaires fédérales, à défaut d'indications contraires dans la loi qui crée l'infraction.

Le Barreau du Québec recommande que le législateur précise que les principes généraux énoncés à la partie générale du nouveau code s'appliquent dans tout le champ de la compétence du Parlement en matière pénale, sauf dérogations qui pourraient être prévues dans les lois particulières.

3.1.3 Le préambule proposé

Si l'idée d'inclure un préambule était retenue, le Barreau du Québec propose qu'il se lise comme suit:

« ATTENDU QUE la Charte canadienne des droits et libertés, enchaînée dans la Constitution, garantit à tous les Canadiens leurs droits et libertés individuels, qui ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;

ATTENDU QUE le droit pénal a pour mission de promouvoir les valeurs fondamentales de la société, de maintenir l'ordre social et de protéger les droits et libertés individuels;

ATTENDU QUE le droit pénal devrait s'acquitter de ce rôle en prohibant et en punissant toute conduite coupable qui cause ou menace de causer un préjudice grave, tout en reconnaissant les excuses, justifications et exemptions qui sont conformes aux valeurs fondamentales de la société;

ATTENDU QU'il est souhaitable que le droit pénal du Canada soit énoncé dans un nouveau code qui soit systématique, compréhensible, modéré et complet, et qui soit fait au Canada par des Canadiens et pour les Canadiens.

Le présent code régit en harmonie avec la Charte canadienne des droits et libertés la poursuite et la preuve des conduites qui constituent des infractions aux lois du Parlement du Canada en explicitant les éléments essentiels des infractions et les moyens de défense qui leur sont opposables;

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois, qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger».

3.2. Le contenu d'une partie générale

Dans le contexte juridique canadien, il semble bien que les grands principes sous-jacents à la responsabilité pénale et à la détermination de la culpabilité dans le cadre du procès pénal soient stipulés à la Charte canadienne des droits et libertés. Il reste, à l'intérieur du Code criminel, à assurer la mise en oeuvre de ces grands principes. Dans le domaine de la procédure, l'effort de codification a été largement accompli dans le Code de 1955, mais, comme on l'a vu, dans le cas des principes généraux de la responsabilité pénale tout reste à faire¹⁰.

Une codification bien faite suppose la formulation de principes et de règles en termes clairs, simples et concis. Comme le faisait remarquer l'Honorable Jean-Louis Baudouin:

« Un Code, en effet, est un tout, un ensemble, une structure organisée, logique, dont tous les éléments sont interdépendants les uns des autres puisqu'il dit le droit au niveau des principes et des grandes règles (...) »¹¹.

Une codification des principes généraux suppose donc que soient clairement précisés les conditions de la responsabilité pénale d'une part et les moyens d'exonération d'autre part. À cet égard, le Barreau du Québec croit qu'il est nécessaire que soient définis les éléments essentiels de toute conduite incriminée, dans leur composante morale tout autant que matérielle. De plus, chacun des termes référant à des concepts connus et que le législateur souhaite conserver devraient être définis. Par la suite, dans le libellé de toute infraction, le législateur devrait s'en tenir à ce vocabulaire afin d'éviter les difficultés que les juristes rencontrent actuellement en raison d'un glissement du vocabulaire. Prenons quelques exemples afin d'illustrer notre propos:

L'expression «responsabilité stricte» s'entend actuellement d'une responsabilité basée sur une négligence présumée, c'est-à-dire que sur preuve de l'*actus reus*, l'accusé est présumé coupable

de l'infraction à moins qu'il ne démontre sa diligence raisonnable. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, avant que la Cour suprême ne prononce l'arrêt Sault Ste-Marie l'expression «responsabilité stricte» était entendue dans le sens de l'actuelle expression «responsabilité absolue¹²».

L'expression « mens rea» devrait référer exclusivement à l'idée de prévisibilité subjective¹³; pourtant on entend souvent l'expression «mens rea de négligence» qui est incorrecte du point de vue de la théorie générale de la responsabilité pénale.

La distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique, si elle devait être maintenue, devrait être clarifiée. En effet, le législateur se doit d'informer la communauté juridique, en termes non équivoques du vocabulaire qui permet de conclure à l'existence de l'un de ces deux états d'esprit à l'exclusion de l'autre. Il est inadmissible que le justiciable doive porter sa cause jusqu'en Cour suprême du Canada afin de connaître la nature exacte des éléments essentiels qui doivent être établis contre lui par la Couronne et, corrélativement des moyens de défense qu'il peut légalement invoquer.

PARTIE II : COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES

Tel qu'annoncé dans l'introduction du présent mémoire, le Barreau du Québec n'entend pas répondre à toutes les questions posées. Toutefois, il souhaite faire connaître sa position relativement aux questions énoncées ci-après qui seront abordées selon l'ordre de présentation du document de consultation.

1. Le principe de la légalité.

Comme nous l'avons dit plus haut, le Barreau du Québec croit inutile de reproduire dans le nouveau code les énoncés mêmes de l'article 11 de la Charte. Toutefois, les règles d'application des droits garantis à cet article, qu'il s'agisse des règles concernant l'application territoriale ou l'application dans le temps des dispositions du code ou celles concernant les cas où une inversion de la charge de convaincre pourrait être autorisée devraient se retrouver dans la partie générale.

Quant à la troisième question de cette rubrique que nous retrouvons à la page 14 du document de consultation, notons d'abord que le principe énoncé à l'article 9 de notre Code criminel actuel rend impossible l'incorporation automatique des infractions internationales, c'est-à-dire celles qui découlent de la common law internationale ou encore des traités ratifiés par le Canada. C'est du moins la conclusion à laquelle en est arrivée la Commission d'enquête sur les criminels de guerre¹⁴.

Si le législateur décidait, dans le nouveau code, de permettre une incorporation automatique de telles infractions par l'abolition

de l'article 9, il faut craindre que les tribunaux ne concluent qu'une telle modification au principe de la légalité tel que nous le connaissons actuellement, ne soit contraire à l'article 7 de la Charte.

L'incorporation des principes de droit international doit se faire d'une façon plus claire. L'article 74 (1) C.cr. traitant de la piraterie le fait d'une manière compatible avec l'article 9 C.cr. Il se lit comme suit:

«[Piraterie d'après le droit des gens] Commet une piraterie quiconque accomplit un acte qui, d'après le droit des gens, constitue une piraterie».

Néanmoins, le Barreau du Québec croit qu'il est impérieux que le législateur s'exprime dans un langage que le justiciable puisse comprendre.

Aussi, nous paraît-il préférable que le législateur incorpore dans son droit interne les règles de conduite qui doivent être suivies par les citoyens sous peine de poursuites criminelles et qui découlent des engagements internationaux du Canada. Comme celles-ci relèvent normalement du droit pénal spécial, elles ne devraient pas se retrouver à la partie générale du code. Seules les règles touchant à l'application extra-territoriale de notre droit ou à son application dans le temps devraient s'y retrouver.

Concrètement, on devrait retrouver à la partie générale les énoncés suivants:

- 1) Sauf indication contraire, seules les infractions commises dans les limites territoriales du Canada peuvent être poursuivies devant les tribunaux canadiens.¹⁵

- 2) Sauf indication contraire, les dispositions créant des infractions n'ont pas d'application rétroactive.

2. La conduite et la culpabilité.

Le Barreau du Québec croit que les principes se dégageant de l'arrêt Sault Ste-Marie tels que précisés ultérieurement par la Cour suprême dans des litiges fondés sur la Charte canadienne des droits et libertés devraient être codifiés à la partie générale.

Ainsi on devrait y retrouver des dispositions traitant des questions suivantes:

- En ce qui a trait à la distinction entre les infractions criminelles et réglementaires, la partie générale pourrait énoncer la règle selon laquelle toutes les infractions édictées par le Code criminel sont des infractions criminelles au sens du paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 et toutes les infractions se trouvant dans les autres lois sont des infractions dites réglementaires;
- En ce qui a trait à l'état d'esprit blâmable, la partie générale devrait énoncer les règles suivantes:

Les infractions criminelles requièrent en principe l'exigence d'un état d'esprit blâmable subjectif (*mens rea*). Toutefois, le législateur peut écarter cette exigence et la remplacer par la négligence s'il l'indique clairement. Il devrait également être énoncé que la responsabilité absolue est impossible dans le cas des infractions criminelles;

Les infractions réglementaires sont en principe de responsabilité stricte, c'est-à-dire que l'accusé peut se disculper en démontrant par preuve prépondérante sa diligence raisonnable. La partie générale devrait également indiquer, par un vocabulaire approprié, que le législateur peut prévoir qu'une infraction réglementaire requiert la *mens rea*, auquel cas les moyens de défense et le fardeau de la preuve applicable aux infractions criminelles s'appliquent¹⁶.

La partie générale devrait également traiter de la question de savoir si, même dans le contexte d'une infraction réglementaire, il est acceptable que le législateur puisse imposer une responsabilité absolue. La partie générale devrait prévoir expressément que le législateur ne peut imposer une responsabilité absolue pour une infraction réglementaire que dans les cas suivants:

- l'infraction est créée pour pallier à une situation résultant de conditions extraordinaires comme l'état de guerre, les désastres naturels ou les épidémies¹⁷;
- l'infraction ne peut être commise que par une personne morale;
- l'infraction est une contravention¹⁸.

Enfin la partie générale devrait énoncer comment le législateur doit s'exprimer pour que l'on puisse conclure à une responsabilité absolue¹⁹.

A cet égard, le vocabulaire utilisé au paragraphe 2 de l'article 94 de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique (tel qu'étudié dans le renvoi du même nom) constitue un exemple intéressant. Ce paragraphe se lisait ainsi:

«(2) Le paragraphe (1) crée une infraction de responsabilité absolue pour laquelle il y a culpabilité sur preuve que la personne accusée a conduit un véhicule qu'elle ait connu ou non l'existence de l'interdiction ou de la suspension».

2.1 Les omissions et les devoirs

Le Barreau du Québec considère que l'incrimination d'omissions et particulièrement de l'omission de porter secours à une personne en danger procède d'un choix politique.

Si le législateur décide d'incriminer des conduites par omission, la partie générale devrait préciser qu'une omission ne peut donner lieu à une responsabilité que si l'accusé avait une obligation légale d'agir, laquelle pourrait être précisée soit dans la partie générale du code soit dans la disposition créant l'infraction. La partie générale du code devrait, en outre, préciser qu'aucun devoir d'agir prévu dans une loi provinciale ou dans la common law ne peut être invoqué dans le contexte d'une infraction criminelle²⁰. En effet le Barreau du Québec considère que les conduites pouvant donner lieu à une condamnation criminelle doivent être les mêmes peu importe la province ou le territoire où elles ont lieu.

2.2 Le consentement à la mort

Le Barreau du Québec a étudié, quoique de façon sommaire, la question du consentement à la mort à la lumière des décisions rendues, en matières civiles, par la Cour supérieure du Québec²¹ et du dépôt et de l'étude du Projet de loi C-203²². Pour ce faire, il a pris connaissance du contenu du mémoire préparé, en février 1992, par la Commission de réforme du droit du Canada au sujet de ce projet de loi de même que de ses documents antérieurs sur la même question²³.

Le Barreau du Québec ne peut que constater et par conséquent déplorer l'incertitude qui règne à l'échelle canadienne quant au droit applicable en cette matière. L'apparente contradiction entre le droit civil et le droit criminel contribue à cette incertitude. La population mérite que le législateur se penche sur cette délicate question et qu'il clarifie le droit.

Le Barreau du Québec est favorable à la position que privilégie la Commission de réforme du droit du Canada en ce qui a trait à la nécessité d'une réforme et se joint à elle pour souscrire au fondement qui sous-tendait le contenu du Projet de loi C-203 (qui n'a finalement pas été adopté), c'est-à-dire le désir

d'assurer une protection aux médecins contre la responsabilité pénale dans des circonstances bien définies.

2.3 La responsabilité des personnes morales

Le Barreau du Québec souscrit à la position du groupe de travail sur la partie générale au sujet de la responsabilité des personnes morales énoncée aux pages 43 et 44 du document de consultation. La corporation devrait être responsable pour toute infraction criminelle et réglementaire lorsque ses employés ou dirigeants auraient agi dans les limites de leurs pouvoirs apparents, à moins qu'elle ne puisse démontrer qu'elle avait pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher la perpétration du crime en question.

En outre, le Barreau du Québec est d'avis que cette même règle devrait s'appliquer aux groupements qui ne sont pas des personnes morales et à qui l'on peut imputer d'autres types d'action collective telles que les organisations syndicales ou les sectes religieuses.

3. Les excuses et les justifications.

Le Barreau est ravi de constater que le législateur s'apprête à classer les moyens de défense en deux catégories, soit celles des excuses et des justifications. Cependant, bien que la distinction entre les deux types de moyens de défense soit philosophiquement aisée, dans la pratique la mise en oeuvre de ces concepts est pleine d'embûches. Pour ne mentionner qu'un exemple, comment doit-on classer au plan conceptuel l'erreur concernant l'existence d'une justification ? Le législateur se doit de réfléchir à cette question qui se pose dans la pratique notamment dans le contexte de

la légitime défense et de l'emploi de la force par les personnes en autorité²⁴.

Le Barreau a choisi d'aborder la question d'une manière pragmatique et d'indiquer quelles sont les solutions qu'il envisage à certains problèmes qui se posent dans la pratique, en laissant aux légistes le soin d'incorporer ces suggestions là où ils le jugeront opportun.

3.1 L'erreur quant à l'existence d'un moyen de défense

Le Barreau est préoccupé particulièrement par les résultats auxquels ont pu donner lieu certains procès de meurtre lorsque la défense invoquée, sans être en principe recevable, attirait néanmoins la sympathie du jury, comme par exemple lorsqu'un propriétaire de dépanneur abat un voleur au moment de sa fuite ou encore lorsqu'une femme ou un enfant, victime de violence familiale, s'en prend au conjoint ou au parent violent et le tue pendant son sommeil.

Le Barreau du Québec suggère qu'étant donné le caractère particulier, pour ne pas dire unique, du meurtre tant au plan des stigmates que de la peine, le législateur reconnaîsse en plus de la défense de provocation qu'une condamnation pour homicide coupable²⁵ puisse être prononcée dans les cas suivants :

- excès de force en légitime défense (des personnes et des biens) ;
- excès de force dans l'exécution de la loi ;
- homicide commis par des victimes de violence conjugale ou familiale (établie par preuve d'expert).

3.2 L'intoxication volontaire

Le Barreau du Québec croit qu'il appartient au législateur de faire le choix entre permettre la défense d'ivresse pour tous les crimes ou ne pas la permettre du tout. Il s'agit d'un choix qui est politique et social. Si le législateur désire responsabiliser davantage les gens qui prennent de l'alcool parce qu'il estime que cela crée des abus alors il pourra choisir de ne pas permettre cette défense²⁶.

Le Barreau du Québec considère que le législateur doit préciser le droit en cette matière et comme nous l'avons indiqué plus haut, sans recourir à l'artificielle distinction entre les crimes d'intention générale et ceux d'intention spécifique. Si le législateur décidaît d'écartier la défense, il devrait stipuler clairement que la défense d'intoxication volontaire n'est pas recevable et ne doit pas amener un acquittement. Il pourrait cependant en faire un facteur dont le juge devrait nécessairement tenir compte dans la détermination de la sentence appropriée sans toutefois être astreint à lui accorder une valeur disculpatoire.

Si tel devait être le choix du législateur, pour les raisons indiquées au paragraphe 3.1, il devrait néanmoins prévoir une exception pour le meurtre. Le Barreau du Québec suggère en effet que le législateur maintienne une défense d'intoxication volontaire réduisant le meurtre à l'homicide involontaire coupable lorsque l'homicide a été commis par une personne intoxiquée au point d'être incapable de formuler l'intention requise pour le meurtre.

4. Les infractions inchoatives.

4.1 La tentative

Le Barreau du Québec serait satisfait d'une définition de la tentative qui codifierait l'arrêt Deutsch²⁷. L'emploi de

l'expression «acte de perpétration» serait de ce point de vue préférable à la suggestion du document de consultation qui aurait défini l'actus reus de la tentative de la façon suivante :

«(...) l'acte que l'accusé a posé ou a omis de poser doive constituer une démarche importante en vue de la perpétration de l'infraction²⁸».

(les soulignés sont de nous)

Le Barreau du Québec est d'avis, vu la difficulté réelle qu'il y a à distinguer l'acte de perpétration d'un geste de simple préparation, de maintenir l'actuel article 24(2) C.cr. Le fait d'en faire une question de droit permet au juge de la trancher et confère aux deux parties un égal droit d'appel.

Le Barreau du Québec estime que la peine devrait être la même que pour le crime complet laissant au juge du procès toute la latitude nécessaire afin d'en déterminer le terme.

4.2 Le complot

Le Barreau du Québec croit qu'il est opportun de définir à la partie générale du code ce que l'on entend par l'expression «complot» au même titre que le Code criminel actuel le fait pour la tentative.

Le complot devrait être défini comme une entente entre deux ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction. Le code devrait abolir la règle archaïque selon laquelle mari et femme ne peuvent conspirer ensemble²⁹.

La définition devrait également prévoir que le fait qu'une des parties à l'entente n'ait pas l'intention de donner suite à celle-ci n'atteint pas la responsabilité de l'autre partie à l'entente. Le Barreau du Québec estime que la règle énoncée dans l'arrêt

O'Brien³⁰ peut conduire à des acquittements injustifiés. Par ailleurs, la «défense» de provocation policière qu'a reconnue la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Mack³¹ est extrêmement étroite. Si la suggestion du Barreau devait être retenue, il y aurait lieu d'en revoir les conditions d'admissibilité sinon pour toutes les infractions, à tout le moins en regard des infractions inchoatives afin d'éviter des condamnations injustes.

5. La participation aux infractions.

5.1 Les modalités

Le Barreau du Québec ne croit pas souhaitable de retenir la suggestion de la Commission de réforme du droit du Canada qui créerait une infraction spécifique pour toutes les parties à l'infraction (complice, co-conspirateur et instigateur) qui n'en sont pas l'auteur réel. Il suffit de penser à une affaire comme celle illustrée dans l'arrêt Thatcher³² pour se convaincre des dangers qu'il y aurait à procéder de la sorte. Bien sûr, la Couronne pourrait porter dans un même acte d'accusation un chef reprochant à l'accusé d'avoir commis le crime à titre d'auteur réel et un autre d'avoir favorisé sa commission. Cependant le jury pourrait se retrouver dans la délicate position de devoir acquitter une personne malgré sa conviction qu'elle est impliquée dans la perpétration du crime, simplement parce qu'il y a désaccord entre les membres du jury quant à la manière dont le crime aurait été commis ou quant à la nature exacte de la participation de l'accusé.

Par ailleurs, le Barreau du Québec est d'avis que toutes les modalités de participation criminelle devraient se retrouver dans une seule et même disposition plutôt que de voir l'incitation traitée dans un article distinct. La réponse du Barreau à la première question posée sous la rubrique «Aide et encouragement» que l'on retrouve à la page 129 du document de consultation est donc négative. Pour les mêmes raisons la réponse à la première

partie de la première question de la rubrique «Conseil» que l'on retrouve à la page 136 dudit document doit également être négative. Quant à la deuxième partie de cette question, le Barreau considère qu'il n'est pas opportun d'étendre le champ d'action du droit pénal au-delà de ce qu'il est actuellement pour englober les tentatives d'aide, d'encouragement ou d'incitation. Nous serions très proches d'une incrimination reposant sur la seule intention criminelle, ce qui serait contraire aux principes de justice fondamentale.

Quant à la question de la présence passive sur les lieux de la commission du crime, le Barreau est d'avis que dans certaines circonstances celle-ci devrait être considérée comme un encouragement. Les faits de l'arrêt Dunlop & Sylvester³³ sont de ceux où il n'apparaîtrait pas nécessairement choquant qu'un tribunal conclue à la culpabilité des personnes qui ont assisté comme spectateurs à ce viol³⁴. Par contre, l'exemple du citadin, qui assiste impassible à un crime dans une station de métro, donné par le juge Dickson dans ce même arrêt n'est pas de ceux où d'emblée on peut conclure qu'il y a participation au crime commis³⁵. Le Barreau du Québec croit que la question de la simple présence devrait être appréciée cas par cas. Par ailleurs, pour éviter que les jurés n'aient des débats interminables sur cette question, la solution retenue en matière de tentative apparaît appropriée. C'est le juge du procès qui devrait trancher à titre de question de droit, la question de savoir si dans un cas donné la conduite d'un accusé constitue ou non un encouragement.

La disposition envisagée devrait donc prévoir que commet une infraction la personne:

- qui la commet réellement;
- qui aide;
- qui encourage;
- qui incite.

On devrait ensuite définir l'encouragement comme englobant la présence passive si celle-ci a pour effet voulu d'encourager une autre personne à perpétrer l'infraction. On devrait également réitérer le fait qu'il y a incitation même si l'infraction est commise d'une manière différente de celle qui avait été suggérée.

5.2 L'élément moral de la participation criminelle

On devrait enfin préciser que pour ces trois modalités de participation criminelle (aide, encouragement et incitation), il faut que l'accusé ait eu l'intention que sa conduite ait un tel résultat ou ait prévu que cela en serait la conséquence quasi certaine³⁶.

5.3 La responsabilité pour les infractions dérivées

On devrait ensuite prévoir une seconde disposition visant la commission d'infractions qui étaient une conséquence prévisible du complot ou de l'incitation. Le Barreau du Québec recommande de conserver les articles 21(2) et 22(2) du Code criminel actuel en les modifiant de manière à ce qu'il n'y ait de responsabilité que dans les cas où l'accusé avait subjectivement prévu que la réalisation du complot ou du conseil aurait comme conséquence probable la commission de l'infraction. Une telle modification serait conforme à la pratique qui s'est installée depuis les arrêts de la Cour suprême concernant les exigences relatives à l'état d'esprit blâmable découlant de l'article 7 de la Charte³⁷.

La position du Barreau sur cette question semble conforme à la formulation de la deuxième question de la rubrique «Intention commune» que l'on retrouve à la page 133 du document de consultation.

6. Les principes régissant la sentence.

Comme le Barreau le recommandait dans son mémoire portant sur La détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition³⁸, en réponse à une question portant sur l'impact d'une réorganisation de la Partie XXIII du Code criminel sur l'accès au droit de la détermination de la peine:

«Vu l'importance de la peine dans le processus pénal, nous croyons que les principes de sentencing devraient se retrouver à la partie générale du Code».

D'ailleurs on note que les principaux codes pénaux étrangers incluent les principes de détermination de la peine à la partie générale de leur code.

CONCLUSION

Un processus de codification d'une telle envergure doit, pour se réaliser, compter sur une réelle volonté ministérielle de le mener à terme et doit s'entourer d'un appui incontestable de la communauté juridique. C'est d'ailleurs ce que croit l'Honorable Jean-Louis Beaudouin:

"Pour que le nouveau Code puisse être assuré du succès qu'il mérite un certain nombre de conditions politiques (...) doivent être réunis. La première, et bien évidente, est la volonté politique (...) de mener le projet à terme (...). Les autres peuvent, à mon avis, se diviser en deux grandes catégories, soit les conditions se rattachant au projet lui-même et celles touchant le milieu juridique qui recevra le nouveau Code³⁹».

Si l'on en juge par la création récente du Sous-comité du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général qui sera chargé de produire un rapport à la ministre de la Justice, à l'issue des consultations et des audiences qui devraient se tenir en juin 1992, il est à espérer que la recodification de la partie générale du Code criminel voie le jour incessamment afin de célébrer le centième anniversaire de l'adoption du Code criminel.

De plus, pour s'assurer l'adhésion de la communauté juridique et obtenir son soutien afin qu'une saine interprétation soit faite, compte tenu des changements que la recodification suscitera, le législateur devrait préparer un rapport des codificateurs ou rendre disponibles des notes explicatives. Cela pourrait favoriser l'atténuation de certaines résistances qui ne manqueront pas de se manifester⁴⁰.

Le Barreau du Québec désire, en terminant, réitérer sa disponibilité à l'égard de toute autre question qui pourrait survenir au cours du processus de codification. Dans le même esprit, il sera heureux de commenter, en temps et lieu, le projet de loi qui découlera des travaux du comité législatif.

**Barreau du Québec
Service de recherche et de législation**

RENOVIS

¹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, «Pour une codification du droit pénal», Ottawa, 1976, no. 2.11, p.31

² Id., no. 2.09, p. 31

³ Id., no. 2.23, p. 35

⁴ Id., nos. 1.59 et 1.60, pp. 24-25

⁵ Id., no. 1.65, p. 26

⁶ Jean-Louis BAUDOUIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », Conférences sur le nouveau code civil du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1992, p. 14. Il va sans dire que, dans la partie du code destinée à décrire les conduites prohibées, il ne saurait être question que le droit pénal canadien s'oriente vers une véritable codification. Le principe de la légalité des infractions tout autant que la proscription de l'interprétation analogique rendent l'atteinte de cet objectif impossible.

⁷ R.C. Sault Ste-Marie [1978] 2 R.C.S. 1299

⁸ Voir à la page 44 du texte de Alain-François BISSON paru sous le titre «Dualité de systèmes et codification civiliste», Conférences sur le nouveau code civil du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1992, les articles qu'il cite en note de bas de page sur ce point. Il faut noter que le Barreau du Québec s'est prononcé à l'égard de l'inclusion au Code civil d'une disposition préliminaire - «Droit des personnes P.L. 20», Barreau du Québec, mai 1985, p.3 et «Des personnes P.L. 125», Barreau du Québec, août 1991, pp. 2-3 - Il s'est interrogé sur la pertinence d'avoir une telle disposition puisque ni le Code Napoléon, ni le Code civil du Bas-Canada n'en comportaient. (À cet égard, il faut mentionner qu'en matière pénale, aucun des codes pénaux européens que nous avons étudiés ne possède une disposition semblable à celles qui nous sont proposées). De plus, le Barreau du Québec ne jugeait pas nécessaire qu'il y ait une référence expresse à la Charte des droits et libertés de la personne puisque celle-ci édicte à son article 52 que toute loi même postérieure doit y être conforme. Enfin il estimait inexact d'affirmer que le Code civil «constitue le fondement des autres lois». En effet si cela peut signifier que le Code civil constitue le fondement des lois statutaires qui y dérogent, il ne peut y souscrire. Le Barreau du Québec souhaitait enfin que la formulation soit modifiée afin d'éviter une interprétation non conforme à la réalité.

⁹ Id., p.45

¹⁰ C'est également le cas en ce qui concerne les règles de preuve. Dans ce domaine, le projet de code de la preuve proposé par la C.R.D.C. en 1975 n'a pas reçu de la part de la communauté juridique canadienne l'accueil qu'il méritait. Par ailleurs, le Projet de loi S-33 présenté au Sénat en 1982, n'avait pas toutes les caractéristiques nécessaires pour être qualifié de code. Il n'a pas davantage eu la faveur des juristes canadiens. Depuis lors toutefois, la Charte canadienne des droits et libertés aidant, c'est la Cour suprême du Canada qui procède indirectement à la codification des principales règles de preuve. Voir par exemple l'arrêt Khan ([1984] 2 R.C.S.62) et sa rationalisation des règles d'exclusion du oui-dire ou encore l'arrêt Seaboyer ([1991] 2 R.C.S. 577) et son articulation du concept de pertinence eu égard aux intérêts et valeurs qui s'affrontent au cours d'un procès pénal. Mais la Cour suprême elle-même reconnaît, dans l'arrêt Salituro ([1991] CSEB 207) les limites de son pouvoir de modernisation des règles de preuve et la nécessité d'une intervention législative. La première Loi sur la preuve datant également de 1893, le Parlement pourrait songer à une véritable codification des règles de preuve. Il n'est pas dit que les juristes canadiens ne seraient pas désormais prêts à l'accueillir.

¹¹ J.-L. BAUDOUIN, op.cit., note 6, p. 16

¹² À titre d'illustration, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, «Droit pénal, La notion de blâme - La responsabilité stricte», Document de travail 2, Ottawa, 1974

¹³ Pour reprendre l'expression du juge Lamer dans l'arrêt R. c. Vaillancourt [1987] 2 R.C.S. 636

¹⁴ Rapport de la Commission d'enquête sur les criminels de guerre, première partie: publique (Rapport Deschênes) Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 121 et suivantes.

¹⁵ On pourrait également reprendre le libellé de l'actuel article 6(2) C. cr.

¹⁶ Afin d'éviter les incertitudes découlant de l'arrêt Strasser c. Roberge [1979] 2 R.C.S. 953

¹⁷ Ce vocabulaire est tiré du renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.) [1985] 2 R.C.S. 486

¹⁸ Si le Projet de loi C-46 concernant les contraventions aux textes législatifs fédéraux était adopté. Le Barreau du Québec a fait part de ses observations concernant ce projet de loi dans un mémoire intitulé: «Mémoire sur la Loi concernant les contraventions aux textes législatifs fédéraux», Barreau du Québec, mars 1992.

¹⁹ Afin d'éviter des débats comme ceux illustrés à l'arrêt R. c. Chapin [1979] 2 R.C.S. 121

- ²⁰ L'arrêt St-Germain [1976] C.A.185 serait ainsi écarté de telle sorte que même si au Québec, l'alinéa 2 de l'article 2 de la Charte des droits et libertés de la personne stipule que «toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril (...)», ce devoir ne pourrait pas être à l'origine d'une poursuite criminelle.
- ²¹ Voir Nancy B. vs L'hôtel-Dieu de Québec et als., C.S. Québec, no. 200-05-003232-910, 6 janvier 1992, j. Dufour. et Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. vs Robert Corbeil et al., C.S. St-Jérôme, no. 700-05-002743-916, 22 janvier 1992, j. Rouleau.
- ²² Projet de loi privé déposé en Chambre pour première lecture le 16 mai 1991.
- ²³ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, mémoire adressé au comité spécial sur le Projet de loi C-203, Ottawa, 1992. Voir aussi: C.R.D.C., «Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement», Document de travail 28, Ottawa, 1982 et «Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement», Rapport 20, Ottawa, 1983.
- ²⁴ Le Barreau du Québec a répondu à la demande de consultation du ministère de la Justice relativement à l'emploi de la force des personnes en autorité. Voir: «Mémoire sur l'article 25 du Code criminel», Barreau du Québec, juillet 1991.
- ²⁵ «Homicide coupable» est une expression plus heureuse que «Homicide involontaire» qui crée de la confusion dans l'esprit du citoyen.
- ²⁶ Comme il s'apprête à le faire en matière d'agression sexuelle. Voir Projet de loi C-49.
- ²⁷ [1986] 2 R.C.S. 2
- ²⁸ Voir p.123 du document de consultation.
- ²⁹ En effet, le mariage ne constitue pas une barrière derrière laquelle des personnes devraient se réfugier pour échapper à une responsabilité pénale.
- ³⁰ [1954] R.C.S. 666
- ³¹ [1988] 2 R.C.S. 903.
- ³² [1987] 1 R.C.S. 652

- 33 [1979] 2 R.C.S. 881
- 34 Si ceux-ci sont animés de l'état d'esprit blâmable très exigeant que requiert la complicité. Voir infra. paragraphe 5.2.
- 35 Comme nous l'avions indiqué plus haut l'omission de porter secours pourrait peut-être constituer une infraction per se. Mais elle ne devrait pas constituer l'actus reus d'une participation criminelle.
- 36 Voir à ce sujet l'arrêt Buzzanga and Durocher (1980) 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont.C.A.)
- 37 Voir à ce sujet les arrêts suivants: R.c. Vaillancourt [1987] 2 R.C.S. 636, R. c. Martineau [1990] 2 R.C.S. 633, R. c. Sit [1991] 3 R.C.S. 124 et R. c. Logan [1990] 2 R.C.S. 731
- 38 Février 1991 (version révisée juillet 1991), pp. 20-21
- 39 J.-L. Baudouin, op. cit., note 6, pp. 19-20. Il s'exprimait alors à l'égard des conditions de succès de la recodification du Code civil.
- 40 C'est là une suggestion formulée par l'Honorable Jean-Louis Baudouin, op.cit., note 35, p. 20 et retenue d'une part en 1977 par l'Office de Révision du Code civil (O.R.C.C.) qui avait déposé un rapport détaillé sur chacun des articles proposés et d'autre part par le ministère de la Justice du Québec en juin 91 qui, de façon préliminaire, a déposé des commentaires sur chacun des articles contenus au Projet de loi 125. L'Assemblée nationale devrait, au cours des prochains mois, adopter des commentaires définitifs qui seront issus des discussions en commission parlementaire.

080000478

MAIL POSTE

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid Port payé

Lettermail

Poste-lettre

K1A 0S9

Ottawa

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

WITNESSES

From the "Barreau du Québec":

Me Louise Viau, President of the Committee concerning a new Codification of the General Part of the Criminal Code;

Me Josée-Anne Simard, Research Director.

From METRAC (Metro Action Committee on Public Violence against Women and Children):

N. Jane Pepino, President;

Susan McCree Vander Voet, Executive Director.

TÉMOINS

Du Barreau du Québec:

Me Louise Viau, Présidente du Comité concernant une nouvelle codification de la partie générale du Code criminel;

Me Josée-Anne Simard, Directrice de la recherche.

De «METRAC (Metro Action Committee on Public Violence against Women and Children)»:

N. Jane Pepino, Présidente;

Susan McCree Vander Voet, Directrice exécutive.

Available from Canada Communication Group — Publishing,
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Groupe Communication Canada — Édition,
Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

374000029

JUN 6 1994

